

THÈSE DE
LYON.
1882
N^o. 3.

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

DE LA FIDÉJUSSION
EN DROIT ROMAIN
ET
DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

12 février
Le ~~7 juillet 1882~~ 1883.

PAR

PIERRE-LOUIS DÉMOURS

Hic interim liber. . . . professione
pietatis laudatus erit aut excusatus.
(Tacitus, Agricolaë vita, cap. III.)

GRENOBLE
IMPRIMERIE GABRIEL DUPONT
Rue des Prêtres, 4

1882



FACULTÉ DE DROIT DE LYON

DE LA FIDÉJUSSION
EN DROIT ROMAIN
ET
DES EFFETS DU CAUTIONNEMENT
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

12 février
Le ~~2~~ juillet ~~1882~~ 1883.

PAR

PIERRE-LOUIS DÉMOURS

Hic interim liber professione
pietatis laudatus erit aut excusatus.
(Tacitus, Agricolaë vita, cap. III.)

GRENOBLE

IMPRIMERIE GABRIEL DUPONT

Rue des Prêtres, 4

1882

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

- MM. CAILLEMER *, doyen, professeur de Code civil.
MABIRE, professeur de Code civil.
GARBAUD, professeur de Droit criminel.
APPLETON, professeur de Droit romain.
FLURER, professeur de Droit civil.
THALLER, professeur de Droit commercial.
ROUGIER, professeur d'Economie politique.
ENOU, professeur de Droit administratif.
AUDIBERT, professeur de Droit romain.
HANOTEAU, professeur de Procédure civile.
COHENDY, agrégé, chargé du cours de Droit international privé.
LESEUR, agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit.
SAUZET, agrégé, chargé du cours de Législation industrielle.
BECQ, secrétaire, agent comptable.
-

Suffragants :

- MM. CAILLEMER *, doyen, Président.
MABIRE, professeur.
APPLETON, professeur.
FLURER, professeur.
LESEUR, agrégé.
-

A MON GRAND-PÈRE

A mon Père. — A ma Mère.

MEIS ET AMICIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

De la fidéjussion.

INTRODUCTION.

Nous entendons aujourd'hui par *caution* cette sûreté spéciale qui résulte pour le créancier de ce qu'un tiers, ordinairement désintéressé, ajoute son engagement personnel à l'engagement du débiteur. Dans notre droit, cette sûreté se réalise par le contrat de cautionnement. En droit romain, elle se réalisait soit par un contrat *verbis*, c'est-à-dire par une stipulation, soit par un contrat consensuel. Dans le premier cas, il y avait *adpromissio*; dans le second, il y avait *mandatum pecuniæ credendæ* ou pacte de constitut.

L'*adpromissio* a été à Rome la forme primitive du caution-

nement. Le *mandatum pecuniæ credendæ* et le pacte de constitut n'ont été consacrés qu'assez tard, l'un par la jurisprudence, l'autre par le prêteur, en raison des avantages pratiques qu'ils présentaient. Ces avantages se résument dans les quatre propositions suivantes :

1^o Le *mandatum pecuniæ credendæ* et le pacte de constitut sont des contrats de bonne foi ;

2^o Ils n'exigent aucune solennité ;

3^o Ils n'ont pas le même objet que l'obligation principale, ce qui veut dire que les poursuites dirigées contre le débiteur principal ne libèrent pas le débiteur accessoire et réciproquement ;

4^o Ils échappent aux dispositions des lois *Cornelia* et *Cicereia*.

L'*adpromissio* n'en conserva pas moins une large place dans la législation romaine, car, si le *mandatum pecuniæ credendæ* et le pacte de constitut étaient des formes de cautionnement plus commodes, ils étaient en retour d'une application bien plus étroite. Ainsi que son nom l'indique, le *mandatum pecuniæ credendæ* ne pouvait garantir que des obligations à naître, et à naître d'un *creditum*. L'emploi du pacte de constitut n'était possible que lorsqu'il s'agissait d'une obligation déjà née, et dont l'objet se compte, se pèse ou se mesure. Par conséquent, dans un grand nombre d'hypothèses, il fallait nécessairement recourir à l'*adpromissio*.

Gaius nous apprend que, de son temps, les *adpromissores* se divisaient en trois classes : *sponsores*, *fidepromissores*, *fidejussores* (Gaii, *Comm.*, lib. III, § 115). Ces trois classes n'en forment en réalité que deux, car la condition du *sponsor* et celle du *fidepromissor* sont presque identiques, tandis qu'elles diffèrent beaucoup de celle du *fidejussor* (Gaii *Comm.* lib., III, § 118). La *sponsio* ne se sépare de la *fidepro-*

missio qu'en deux points : 1° elle ne peut intervenir qu'entre citoyens romains ; 2° le recours du *sponsor* contre le débiteur principal est plus énergique que celui du *fidepromissor*.

La coexistence de trois classes d'*adpromissores* s'explique historiquement. A l'origine, la *sponsio* exista seule et dut rester l'unique forme de l'*adpromissio* aussi longtemps que la stipulation appartenait au *jus civile*. Quand l'introduction de nouvelles formules rendit la stipulation accessible aux pérégrins, il fallut bien leur permettre de contracter *verbis* des engagements accessoires, et l'*adpromissio* leur fut ouverte sous la forme de la *fidepromissio*.

Pourquoi la législation romaine ne s'arrêta-t-elle pas là, et créa-t-elle une troisième classe d'*adpromissores* ? Parce que la *sponsio* et la *fidepromissio* étaient soumises à quatre règles étroites qui en faisaient des moyens de crédit aussi insuffisants que dangereux :

1° Elles ne pouvaient garantir que des obligations nées *verbis* (Gaii, *Comm.*, lib. III, § 119) ;

2° L'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor* ne passait pas à leurs héritiers (Gaii, *Comm.*, lib. III, § 120) ;

3° Cette obligation s'éteignait par le délai de deux ans (Gaii, *Comm.*, lib. III, § 121) ;

4° Lorsqu'il y avait plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores*, l'obligation se divisait de plein droit entre tous ceux qui vivaient à l'échéance, sans que l'on mit de côté les insolubles (Gaii, *Comm.*, lib. III, § 121).

La *fidejussio* se distinguait par des caractères précisément inverses. Elle pouvait accéder à toute obligation, elle engendrait une obligation transmissible et perpétuelle, et chaque *fidejussor* était tenu *in solidum* envers le créancier.

En raison de ces avantages, la *fidejussio* fit peu à peu oublier l'usage de la *sponsio* et de la *fidepromissio*. Ces deux

institutions disparurent complètement, lorsqu'en 469 l'empereur Léon I^{er} abolit toute formule solennelle dans la stipulation. Justinien consacra cet état de choses, et avec ce prince la *fidejussio* devint définitivement l'unique forme de l'*adpromissio*. Si, dans les Institutes et les Novelles, on rencontre quelquefois les expressions *spondere*, *sponsor*, il faut les traduire par les mots *fidejubere*, *fidejussor*. (§ 1, 3, 4, Instit., *De mand.*, lib. III, tit. 26; Nov., IV, *De fid. et mand. spons.*, cap. 4.)

Le pacte de constitut n'avait pas pour seul but de remplacer l'*adpromissio* ; il pouvait tout aussi bien remplacer l'*adstipulatio* ou la novation. Il ne servait donc qu'accidentellement à réaliser un cautionnement. Tel était, au contraire, le rôle exclusif du *mandatum pecuniæ credendæ*. Aussi, au Digeste et au Code les titres consacrés au cautionnement sont-ils intitulés : *De fidejussoribus et mandatoribus*. (Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4 ; Cod., *De fid. et mand.*, lib. VIII, tit. 44.)



CHAPITRE I^{er}.

Forme de la fidéjussion et conséquences de cette forme.

La fidéjussion, comme toute *adpromissio*, se réalise au moyen d'une stipulation. C'est uniquement par la formule que les trois formes d'*adpromissio* se distinguent entre elles. Suivant que les parties ont employé les expressions *spondere*, *fidepromittere*, *fidejubere*, il y a *sponsio*, *fidepromissio* ou *fidejussio*.

Ces expressions ne sont pas les seules qui puissent entrer dans la formule d'une stipulation ; il est également permis aux parties de se servir, par exemple, des verbes *dare*, *facere*. Dans quelle classe faudra-t-il alors ranger l'*adpromissor* qui se sera engagé ainsi ? Le doute est au moins possible entre la *fidepromissio* et la fidéjussion. Gaius semble se poser cette question sans y répondre (Gaii, *Comm.*, lib. III, § 116). Toutefois, son langage est ambigu et, d'après certains commentateurs, ce jurisconsulte se demanderait si, dans le cas qui nous occupe, il y a *adpromissio* ou *expromissio*. Il est vraisemblable que le doute se tranchait en faveur de la fidéjussion. Du reste, quel que soit le sens que l'on donne à la question de Gaius, elle ne peut plus se poser sous Justinien, puisque, d'une part, la fidéjussion est devenue l'unique forme de

l'*adpromissio*, et que, d'autre part, la novation ne résulte plus que d'une volonté expresse.

De ce fait que la fidéjussion se réalise par une stipulation, découlent plusieurs conséquences :

I. — *La fidéjussion peut garantir toute obligation, quelle qu'en soit la cause et quel qu'en soit l'objet.* — Puisqu'en effet, la fidéjussion n'est qu'une application du contrat de stipulation, le domaine de l'une doit être aussi étendu que le domaine de l'autre. Or, toute obligation, quel que soit le fait juridique qui lui ait donné naissance, peut se transformer en une obligation *verbis*. Donc la fidéjussion accède valablement non seulement à une obligation contractuelle, mais même à une obligation née *quasi ex contractu*, *ex delicto* ou *quasi ex delicto*. (Gaii, *Comm.*, lib. III, § 119 ; § 1, *Instit.*, *De fid.*, lib. III, tit. 20 ; 8, §§ 1, 5, 6, *Dig.*, *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Tout objet dû peut être stipulé ; donc tout objet dû peut être promis par un fidéjusseur, sans distinguer s'il s'agit d'une dation, d'une prestation, d'un fait ou d'une abstention. Ne faut-il pas cependant excepter le cas où l'objet dû consiste en un fait ou une abstention qui ne peuvent être accomplis que par le débiteur principal ? Dans une telle hypothèse, dira-t-on, le fidéjusseur s'engage à l'impossible, et par suite ne saurait être légalement tenu. (185, *Dig.*, *De reg. jur.*, lib. I, tit. 17.)

En raisonnant ainsi, on applique à tort la maxime : *impossibilium nulla est obligatio*. Pour qu'une obligation soit juridiquement considérée comme impossible, il ne suffit pas qu'elle soit impossible pour l'obligé ; il faut qu'elle le soit pour tous les hommes sans exception. Dans l'espèce, l'obligation est possible pour le débiteur principal ; elle peut donc servir de base à une fidéjussion valable. Sans doute le fidéjusseur ne remplira pas son engagement, mais il sera responsable des conséquences de cette inexécution.

Une seule exception doit être apportée à notre règle, et elle résulte d'une constitution impériale de l'an 384. Cette constitution défend à la femme de recevoir de son mari un fidéjusseur garantissant la restitution de sa dot. Justinien consacre cette prohibition, en l'étendant à toute personne qui devient débitrice de la dot apportée par la femme. Ainsi, la fidéjussion peut garantir toute obligation, sauf celle qui a pour objet la restitution d'une dot. (1 et 2, Cod., *Ne fid. dot. dent.*, lib.v, tit. 20.)

II. — *Quiconque est capable de s'obliger par stipulation, est capable de s'obliger comme fidéjusseur.* — Cette proposition serait exacte, si la fidéjussion ne rentrait pas le plus souvent dans cette catégorie d'actes auxquels on donne le nom général d'*intercessiones*. Or, en matière d'*intercessio*, il existe en droit romain une incapacité spéciale qui frappe deux classes de personnes : les esclaves et les femmes.

Lorsqu'un esclave est à la tête d'un pécule, tout engagement contracté par lui oblige le maître *de peculio*, à moins que cet engagement ne constitue une *intercessio*. Il en résulte que l'esclave ne peut pas se porter fidéjusseur, toutes les fois que la fidéjussion est dans l'intérêt d'autrui, et que, s'il paie la dette qu'il a voulu garantir, le maître a un recours contre le créancier. (3, § 5, et 47, § 4, Dig., *De pecul.*, lib. xv, tit. 4.)

Par quelle action ce recours s'exercera-t-il ? Les textes font une distinction : le paiement a-t-il été fait avec une chose du maître, celui-ci a l'action en revendication ; le paiement a-t-il été fait avec une chose du pécule, il n'a qu'une *condictio*. La raison de cette différence provient de ce que l'esclave a la capacité d'aliéner les objets qui forment son pécule, mais non les objets qui appartiennent au maître. Par conséquent, lorsqu'il paie avec une chose du pécule, l'intention d'aliéner de sa part et l'intention d'acquérir de la part du créancier rendent la tradition translatrice de propriété. Le maître n'aura donc qu'une *condictio*. Au contraire, quand l'esclave a payé

avec une chose du maître, la tradition n'est plus translatrice de propriété, et le maître pourra agir par la *rei vindicatio*. (49, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI tit. 4.)

Les actes d'*intercessio* sont également interdits aux femmes en vertu du Sénatus-Consulte Velléen. Il leur est donc défendu de s'obliger par fidéjussion, toutes les fois que la fidéjussion existe dans l'intérêt d'autrui. La femme qui intercède jouit d'une exception, si elle est poursuivie par le créancier, et d'une *condictio indebiti*, si elle a exécuté l'obligation résultant de son *intercessio*.

L'incapacité de la femme et de l'esclave cesse, quand la fidéjussion ne constitue plus un *intercessio*, et alors il redevient vrai de dire que la fidéjussion et la stipulation exigent la même capacité de la part du *reus promittendi*. Ainsi, une femme s'oblige valablement, si elle se porte fidéjuteur *in rem suam*. Il en est de même de l'esclave s'il se porte fidéjuteur dans l'intérêt du maître ou du pécule. (47, § 2, et 48, Dig., *Ad S. C. Velleian.*, lib. XVI, tit. 4 ; 49, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

III. — *La fidéjussion comporte toutes les modalités qui peuvent affecter la stipulation.* — Cette règle doit se combiner avec cette autre, d'après laquelle l'obligation du fidéjuteur ne saurait être plus étendue que l'obligation principale. La fidéjussion comporte donc une modalité quelconque, pourvu que cette modalité ne rende pas le fidéjuteur obligé *in duriores causas*. (6, § 4, Dig. *De fid. et mand.*, lib., XLVI, tit. 4.)

IV. — *L'obligation du fidéjuteur, comme celle qui naît de la stipulation, est perpétuelle et transmissible.* — Ce double caractère de perpétuité et de transmissibilité appartient en droit romain à la plupart des obligations civiles ; il n'est donc pas étonnant qu'il appartienne aussi à l'obligation du fidéjuteur. Il mérite cependant d'être noté ici, car il constitue

une des plus grandes différences qui séparent la fidéjussion des autres formes de l'*adpromissio*. Nous savons, en effet, que l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor* ne passait pas à leurs héritiers, et s'éteignait par un laps de temps de deux ans.

V. — *La fidéjussion est comme la stipulation, un contrat unilatéral.* — Nous voulons dire par là que, dans la fidéjussion comme dans la stipulation, l'une des parties n'acquiert que des droits et l'autre ne contracte que des obligations. En d'autres termes, tous les avantages du contrat sont pour le créancier et toutes les charges pour le fidéjusseur. Nous verrons plus loin les conséquences qui découlent de cette proposition et les adoucissements qui furent successivement apportés à la situation du fidéjusseur sous les noms de bénéfice de cession d'actions, de bénéfice de division et de bénéfice de discussion.

En dehors de ces bénéfices, une obligation fut imposée au créancier par une loi *Cicereia*. Cette loi lui prescrivit de ne pas interroger les *adpromissores*, avant d'avoir déclaré tout haut et en leur présence l'objet de la dette qu'il leur faisait garantir et le nombre d'*adpromissores* qu'il voulait recevoir. Dans les trente jours qui suivaient leur engagement, les *adpromissores* avaient le droit d'intenter contre le créancier une action préjudicielle à l'effet de constater si les formalités de la loi *Cicereia* avaient été remplies, et ils étaient libérés si l'enquête aboutissait à un résultat négatif. (Gaii, *Comm.*, lib. III, § 423.)

La loi *Cicereia* ne visait que la *spensio* et la *fidepromissio*; la jurisprudence l'étendit ensuite à la fidéjussion. Cette extension fut, sans doute, une conséquence de l'introduction du bénéfice de division, car la loi *Cicereia* n'a d'utilité qu'autant qu'il y a plusieurs *adpromissores* entre qui la dette se parta-

gera à l'échéance. Elle permet alors à chaque *adpromissor* de mesurer l'étendue de son obligation.

VI. — *La faculté de s'obliger par fidéjussion est illimitée, comme celle de s'obliger par stipulation.*— Il en fut ainsi jusqu'au temps de Sylla. Alors est intervenue une loi *Cornelia* concernant les trois classes d'*adpromissores* et restreignant la liberté du cautionnement.

Cette loi défendait qu'une même personne se portât caution d'un même débiteur envers un même créancier pendant la même année, pour une somme supérieure à vingt mille sesterces. Outre ces trois conditions : *pro eodem, apud eandem, eodem anno*, il fallait encore, pour que la loi *Cornelia* s'appliquât, qu'il s'agit d'une obligation principale née d'un *pecunia credita*, c'est-à-dire d'une obligation contractuelle ayant une existence certaine. (Gaii., *Comm.*, lib. III, § 124.)

Quelle était la sanction de la loi *Cornelia*? Gaius nous l'indiquait dans un passage de ses *Commentaires* devenu illisible, en sorte que cette sanction dépend de la manière dont on restitue le texte. Les uns lisent : « *non tamen tenebitur* » et déclarent que la fidéjussion contractée au mépris de la loi *Cornelia* est nulle pour le tout. D'autres lisent : « *non omnino tenebitur* » et soutiennent que la fidéjussion est seulement réductible au taux de vingt mille sesterces. (Gaii., *Comm.*, lib. III, § 124.)

L'*adpromissio* n'était soumise à aucune limitation dans les quatre cas suivants : 1^o lorsqu'elle garantissait la restitution d'une dot ; 2^o lorsqu'elle garantissait l'exécution d'une disposition testamentaire ; 3^o lorsqu'elle garantissait le recouvrement de l'impôt appelé *tricesima hereditatum* ; 4^o lorsque l'*adpromissor* intervenait sur l'ordre du juge. (Gaii., *Comm.*, lib. III, § 125.)

Les dispositions des lois *Cicereia* et *Cornelia* n'ont pas été maintenues par la législation de Justinien.

CHAPITRE II.

De la fidéjussion considérée comme obligation accessoire.

De tous les caractères que présente la fidéjussion, le plus important est celui-ci : la fidéjussion est un contrat accessoire. De là il résulte :

1° Que toute fidéjussion suppose l'existence d'une obligation principale ;

2° Qu'il doit y avoir identité d'objet entre l'obligation principale et la fidéjussion ;

3° Que l'obligation du fidéjusseur ne saurait avoir plus d'étendue que l'obligation principale ;

4° Que le fait et la demeure du débiteur principal réagissent contre le fidéjusseur ;

5° Que la fidéjussion doit s'éteindre avec l'obligation principale.

I. — *Toute fidéjussion suppose l'existence d'une obligation principale.* — Nous savons déjà qu'il n'y a pas à rechercher quelle est la cause juridique de l'obligation qu'une fidéjussion doit garantir. Peu importe également que cette obligation soit sanctionnée par le droit civil ou par le droit prétorien. (8, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Une obligation accessoire peut elle-même jouer le rôle d'obligation principale. Par exemple, rien ne s'oppose à ce qu'un fidéjusseur (*fidejussor principalis*) donne au créancier un certificateur (*fidejussor fidejussoris*). Il n'est pas nécessaire, non plus, que l'obligation principale aboutisse à une action ; une simple obligation naturelle peut servir de base à une fidéjussion. Ainsi un esclave devenu débiteur de son maître lui fournira valablement un fidéjusseur ; bien plus, il pourra lui-même interroger ce fidéjusseur en vertu de ce principe que toute stipulation faite par un esclave est acquise au maître. (8, § 12 ; 27, § 4, et 70, § 3, Dig. *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Il n'est pas indispensable, non plus, que l'obligation principale existe au moment même où le fidéjusseur s'engage : *Fidejussor et præcedere obligationem et sequi potest* (§ 3, Instit., *De fid.*, lib. III, tit. 20). Dans deux cas, la fidéjussion précède l'obligation principale : c'est quand celle-ci est une dette future ou une dette conditionnelle. Mais alors l'obligation du fidéjusseur est subordonnée à la naissance de la dette ou à l'arrivée de la condition.

A deux points de vue, il convient de distinguer si la dette garantie par une fidéjussion est conditionnelle ou simplement future. Un fils de famille stipule de Titius dix sous d'or, *si navis ex Asia venerit*, et reçoit un fidéjusseur ; il est ensuite émancipé, puis la condition s'accomplit. La créance contre Titius et la créance contre le fidéjusseur appartiennent au père, car l'effet rétroactif de la condition fait naître les deux créances au jour où elles ont été contractées, et, à ce moment, le

fil était soumis à la puissance paternelle. Au contraire, un fils de famille reçoit un fidéjusseur garantissant la restitution des dix sous d'or qu'il prêtera à Titius ; il est émancipé, puis il remet à Titius la somme convenue. La créance contre Titius et celle contre le fidéjusseur appartiennent au fils, car il n'y a plus ici de rétroactivité, et lorsque le prêt a été réalisé le fils était *sui juris*. (132, § 1, Dig., *De verb. oblig.*, lib. XLV, tit. 1 ; 47, § 1, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Un créancier a stipulé dix sous d'or *si navis ex Asia venerit*, et reçoit un fidéjusseur. *Pendente conditione* il fait *acceptilatio* à celui-ci, puis le navire revient d'Asie. Le débiteur principal et le fidéjusseur sont libérés. Supposons que ce créancier ait seulement l'intention de prêter dix sous d'or à Titius et qu'il se fasse donner, en garantie de ce prêt futur, un fidéjusseur. S'il fait *acceptilatio* à celui-ci, et qu'ensuite il remette le montant du prêt à Titius, le fidéjusseur seul sera libéré. Cette différence tient à ce que, dans le premier cas, l'obligation principale prend rétroactivement naissance avant l'*acceptilatio*, tandis que, dans le second cas, elle naît sans rétroactivité après l'*acceptilatio*. (13, § 9, Dig., *De accept.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Une obligation nulle et une obligation éteinte peuvent servir de base à une fidéjussion lorsque la nullité et l'extinction laissent subsister une obligation naturelle. Un fidéjusseur s'engage donc valablement quand il garantit la promesse faite par un prodigue ou un pupille *sine tutoris auctoritate*, ou quand il est donné par un débiteur après la *litis contestatio*. (8, §§ 3 et 25, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.) Mais il n'est pas tenu, s'il s'engage à propos de la promesse faite par un *furiosus*, ou contractée sous une condition impossible. (29 et 70, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Les deux textes 25 et 70, § 4 (Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1), présentent une difficulté. Nous venons de dire avec le Fr. 70, § 4, que la fidéjussion accédant à la promesse d'un

furiosus est nulle. Le Fr. 25, au contraire, met cette promesse sur la même ligne que celle du prodigue et du pupille, ce qui conduit à considérer la fidéjussion comme valable. De nombreuses tentatives ont été faites pour concilier ces deux textes; néanmoins, le parti le plus raisonnable consiste à reconnaître qu'il y a contradiction entre eux et que la solution du Fr. 70, § 4, est plus conforme aux principes du droit.

Une fidéjussion peut encore être nulle en vertu de la règle : *Maleficioꝝ fidejussor accipi non potest*. Toutefois, il faut s'entendre sur le sens de cette règle. Elle signifie qu'un fidéjusseur ne peut pas garantir l'exécution d'un délit; mais elle ne s'oppose pas à ce qu'il en garantisse la réparation. (70, § 3, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

L'obligation contractée par un fils de famille contrairement au Sénatus-Consulte Macédonien est-elle susceptible d'être cautionnée? On serait tenté de répondre affirmativement, car le Sénatus-Consulte laisse subsister une obligation naturelle. Cependant Ulpien décide que, si le fidéjusseur paie, il n'aura pas de recours, mais qu'il peut se refuser de payer en invoquant l'*exceptio Macedoniani*. Cette décision extraordinaire s'explique par cette considération que le Sénatus-Consulte Macédonien a plutôt pour but de punir le créancier que de libérer le débiteur. (9, § 4, Dig., *De S.-C. Maced.*, lib. XIV, tit. 6.)

La fidéjussion accédant à une obligation *ex mutuo* est-elle valable lorsque le *tradens* a livré à l'*accipiens* des écus qui ne lui appartenaient pas? Aussi longtemps que les écus ne sont pas consommés, l'*accipiens* n'est pas obligé, ni, par conséquent, le fidéjusseur. Après la consommation des écus, l'*accipiens* est tenu, non d'une *condictio ex mutuo*, mais d'une *condictio sine causa*, et Paul décide que le fidéjusseur l'est également. On pourrait objecter que ce dernier a entendu garantir une obligation *ex mutuo*, tandis que le débiteur principal est tenu d'une obligation différente. A cela le juriscôn-

sulte répond qu'il faut regarder le fidéjusseur comme ayant voulu garantir toutes les conséquences de la tradition des écus. (56, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Pour la validité d'une fidéjussion, il ne suffit pas qu'il existe une obligation principale. Il faut encore que cette obligation grève le patrimoine d'une personne déterminée. Ainsi, la dette d'un individu qui subit une *media* ou une *maxima capitis diminutio*, ne peut pas, désormais, être garantie par un fidéjusseur; elle n'est pas éteinte; mais il n'y a plus de débiteur. Par la même raison, une dette faisant partie d'une hérédité jacente ne peut donner lieu à une fidéjussion que grâce à la maxime *hereditas personæ vice fungitur*, et encore la fidéjussion s'évanouit-elle si tous les appelés répudient l'hérédité. (47, pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Il faut également que l'obligation principale constitue une créance au profit d'une personne déterminée. Voilà pourquoi il n'y a pas de fidéjussion possible à propos de la créance résultant d'une action populaire non encore intentée. Un fidéjusseur ne peut intervenir que lorsque l'action populaire a été conduite jusqu'à la *litis contestatio*, car elle entre alors dans le patrimoine du citoyen qui l'exerce. (56, § 3, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4; 12, pr. Dig., *De verb. sign.*, lib. I, tit. 46.)

Le fidéjusseur doit être distinct du débiteur principal. Cette proposition, si évidente qu'elle paraisse, présente de l'intérêt lorsque deux personnes se trouvent obligées par suite du même fait. L'esclave qui emprunte de l'argent s'oblige naturellement et oblige son maître *de peculio*. Après son affranchissement, il se porte fidéjusseur auprès du créancier; la fidéjussion sera valable s'il entend garantir la dette du maître, elle sera nulle s'il entend garantir la sienne propre. (21, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Enfin, le fidéjusseur doit s'engager envers le même créancier

que le débiteur principal. Par conséquent, si ce dernier s'est obligé avec faculté de payer à un *adjectus solutionis gratia*, le fidéjusseur ne peut pas s'engager envers cet *adjectus*. Par conséquent aussi, lorsqu'un esclave, appartenant à deux maîtres, stipule pour l'un nominativement et reçoit un fidéjusseur au nom de ses deux maîtres, le second ne devient pas créancier et sera regardé comme un simple *adjectus solutionis gratia*. Il résulte encore de notre proposition qu'un père de famille, débiteur naturel de son fils ou de son esclave, ne peut pas leur fournir un fidéjusseur, car celui-ci devrait être interrogé par le fils ou l'esclave, et toute stipulation faite par eux est acquise au *pater familias*. (46, pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

II. — *Il doit y avoir identité d'objet entre l'obligation principale et la fidéjussion.* — Cette identité ressort de la formule même de la fidéjussion : *Idem fide tua jubes?* Le fidéjusseur promet la chose que doit le débiteur principal.

Cette règle n'empêche pas la fidéjussion d'accéder valablement à une obligation de faire ; seulement, le créancier devra prendre garde à la formule qu'il emploiera dans son interrogatoire. Qu'il ne dise pas : *Titium facturum fide tua esse jubes?* car l'engagement serait nul comme portant sur le fait d'autrui. Qu'il ne dise pas non plus : *Te facturum fide tua jubes?* car l'engagement serait nul comme n'ayant pas le même objet que l'obligation principale. Le créancier s'exprimera ainsi : *Factum quod Titius spondit, fide tua jubes?* et alors il y aura une fidéjussion valable.

Identité d'objet ne veut point dire égalité entre les deux obligations principale et accessoire. Le fidéjusseur doit promettre la même chose que le débiteur principal, mais il peut ne promettre qu'une partie de cette chose. Quand le débiteur principal doit dix, le fidéjusseur s'engage valablement en ne promettant que cinq. (9, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Mais le fidéjusseur ne peut pas s'engager à payer mille mesures de blé, quand le débiteur principal doit dix sous d'or. Il ne peut pas non plus promettre Stichus ou Pamphile, à son choix, quand l'obligation principale porte sur Stichus ou Pamphile au choix du *reus*. L'esclave choisi par l'un ne serait peut-être pas choisi par l'autre ; cela suffit pour qu'il y ait *alia res*. (38, pr. et 42, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Il est quelquefois difficile de décider si le fidéjusseur a promis moins que le débiteur principal, ou s'il a promis autre chose. Cependant, il importe de distinguer les deux cas, puisque la fidéjussion est valable dans l'un, et que dans l'autre elle ne l'est pas. Ainsi, que doit-on décider quand le débiteur principal doit la pleine propriété d'un fonds et que le fidéjusseur n'en promet que l'usufruit ? Gaius, qui examine cette hypothèse, hésite à se prononcer : *Quæsitum est utrum obligetur fidejussor, quasi in minus ; an non obligetur, quasi in aliud*. La question est en effet délicate, car l'usufruit est tantôt considéré comme un démembrement du droit de propriété (*pars domini*), tantôt comme une chose distincte (*proprium quiddam*). Il est *pars domini*, puisque l'éviction de l'usufruit permet à l'acheteur d'un fonds d'intenter l'action *ex empto* ; il est *proprium quiddam*, puisque le créancier d'un fonds ne peut pas faire *acceptilatio* pour l'usufruit de ce fonds. (4, Dig., *De evict.*, lib. XXI, tit. 2 ; 13, § 2, Dig., *De accept.*, lib. XLVI, tit. 4.) Gaius finit cependant par déclarer que le fidéjusseur est tenu. Donc, au point de vue qui nous occupe, l'usufruit constitue une *pars rei* et non une *alia res*. (70, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

III. — *L'obligation du fidéjusseur ne saurait avoir plus d'étendue que l'obligation principale*, ou, suivant le langage des textes, le fidéjusseur peut s'obliger *in levio*rem, mais

non *in durio rem causam*. — Les jurisconsultes romains nous donnent de nombreuses applications de ce principe.

J'ai stipulé *mihi* du débiteur principal, et *mihi aut Titio* du fidéjusseur ; la faculté de payer à un *adjectus solutionis gratia* rend la condition du fidéjusseur *levior*. Si, au contraire, j'ai stipulé *mihi aut Titio* du débiteur principal, et *mihi* seulement du fidéjusseur, la condition de celui-ci devient *durior*, parce qu'il est privé du pouvoir de payer à l'*adjectus*. Le débiteur principal m'a promis Stichus ou Pamphile, le fidéjusseur s'engage valablement en me promettant seulement Stichus. La fidéjussion a en effet l'avantage de pouvoir s'éteindre plus facilement par la perte de la chose due, que l'obligation du *reus*. (34, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Celui qui s'engage *certo loco* est tenu plus durement que celui qui s'engage sans assignation de lieu. Quand le débiteur principal s'oblige *pure*, le fidéjusseur ne peut donc pas s'obliger *adjectione loci*. De même, quand le débiteur principal promet de payer dans une ville, le fidéjusseur ne peut pas promettre de payer dans une ville plus éloignée. (16, § 1, 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Le fidéjusseur d'une dette alternative ne peut pas non plus transporter le choix du débiteur principal au créancier, mais il peut le transporter du créancier au débiteur principal. L'intérêt de ce dernier est de choisir l'objet de moindre valeur, celui du créancier est de choisir l'objet qui vaut le plus ; voilà pourquoi il y a *durior causa* dans un cas, et *levior causa* dans l'autre. Le fidéjusseur peut aussi promettre alternativement les choses que le débiteur principal doit conjointement. (8, §§ 9, 10, 11, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Le débiteur principal doit Stichus ; le fidéjusseur promet *Stichum aut decem*. Julien déclare la fidéjussion nulle, *quia durior ejus (fidejussoris) fit conditio*. En effet, la mort de Stichus libérerait le *reus* sans libérer le fidéjusseur. Marcellus

donne la même solution, mais il la motive autrement. D'après lui, la fidéjussion est nulle, parce qu'il n'y a pas identité d'objet entre elle et l'obligation principale. Ce désaccord n'est pas sans importance, car, si nous renversons notre hypothèse, les deux jurisconsultes devront logiquement donner des solutions opposées. Si le *reus* doit dix et que le fidéjusseur promette dix ou Stichus, la fidéjussion sera valable aux yeux de Julien. La *durior causa* a disparu, puisque les deux obligations ne peuvent plus s'éteindre par la perte de la chose due. Aux yeux de Marcellus, il y aura toujours nullité, car, comme précédemment, le fidéjusseur a promis *aliam rem*. (8, § 8, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Il n'est pas toujours possible de décider *a priori* si le fidéjusseur s'est obligé *induriorem* ou *in leviores causas*. Cette question dépend quelquefois d'événements dont il faut attendre l'arrivée, et alors la validité de la fidéjussion reste provisoirement en suspens.

Le débiteur principal est obligé à terme, et le fidéjusseur sous condition ; ou bien ils sont obligés sous deux conditions différentes, l'un *si navis ex Asia venerit*, l'autre *si Titius consul factus fuerit*. Si le terme expire avant l'arrivée de la condition, ou si le navire revient avant l'avènement de Titius au consulat, il y aura *levior causa*. Dans le cas contraire, il y aura *causa durior*. (46, § 5, et 70, § 1, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Un créancier a stipulé du débiteur principal sous une condition : *Si navis ex Asia venerit* ; puis il stipule du fidéjusseur sous deux conditions conjointes : *Si navis ex Asia venerit et si Titius consul factus fuerit*. La condition du fidéjusseur est *levior*, car l'obligation accessoire a moins de chances de naître que l'obligation du *reus*. Mais que déciderons-nous, si le fidéjusseur a promis sous deux conditions disjointes : *Si navis ex Asia venerit, aut si Titius consul factus fuerit* ? En ce cas, l'obligation accessoire a plus de chances de

naître que l'obligation principale; on serait donc tenté de dire qu'il y a *durior causa*. Gaius préfère cependant une autre solution. Si la condition commune aux deux obligations s'accomplit la première, la fidéjussion est valable, car le *reus* et le fidéjusseur sont obligés en même temps. Si, au contraire, la condition spéciale au fidéjusseur se réalise avant l'autre, la fidéjussion est nulle, comme étant contractée *in duriores causam*. (70, pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

La *durior causa* ne concerne que l'étendue de l'obligation, et non le lien de droit qui unit le débiteur au créancier; un fidéjusseur ne peut pas devoir plus que le débiteur principal, mais il peut être soumis à une action plus rigoureuse. Ainsi, quand la fidéjussion garantit une obligation naturelle, elle engendre une action civile au profit du créancier, bien que celui-ci en soit dépourvu contre le *reus*.

La fidéjussion contractée *in duriores causam* est-elle nulle pour le tout, ou nulle seulement dans la mesure où elle dépasse l'obligation principale? Ulpien nous répond qu'elle est nulle pour le tout: *Placuit eos omnino non obligari*. (8, § 7, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.) Des textes nombreux, par leurs expressions générales (*non obligari, non obligabit, non obligabitur, nec obligetur, nullo modo tenebitur, non tenetur*), montrent bien qu'il s'agit d'une nullité complète, et non d'une nullité partielle. (8, §§ 8, 9; 46, §§ 4, 2, 5; 70, pr., § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

On a cependant essayé de soutenir que la fidéjussion contractée *in duriores causam* était seulement réductible. On a fait remarquer qu'une décision analogue nous est donnée par deux textes, à propos du pacte de constitut. (44, § 4; 42, Dig., *De pec. constit.*, lib. XIII, tit. 5.) De plus, dans le Fr. 8, § 7 (Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4), Ulpien déclare qu'il va énoncer une règle applicable à tous ceux qui s'obligent pour autrui. Or, si ce qui est vrai du pacte de constitut doit être vrai de la fidéjussion, les mots « *omnino non obli-*

gari » ne peuvent faire allusion qu'à une nullité partielle, et il faut lire « *non omnino obligari* », le fidéjusseur n'est pas obligé au tout.

Il serait bien étrange qu'Ulpien eût voulu soumettre aux mêmes règles un contrat de bonne foi et un contrat de droit strict. Par ces mots « *illud commune est in universis qui pro aliis obligantur* », ce jurisconsulte fait allusion aux trois classes d'*adpromissores* qui existaient encore de son temps. En déclarant complètement nulle toute *adpromissio* qui dépasse l'obligation principale, il rend une décision en parfaite harmonie avec l'habitude qu'ont les Romains d'interpréter avec rigueur le contrat de stipulation. En tout cas, fût-il vrai que le Fr. 8, § 7, s'appliquât à la fois aux modes de cautionnement consensuel et aux modes de cautionnement *verbis*, il vaudrait encore mieux négliger deux textes relatifs au pacte de constitut, que d'en sacrifier un bien plus grand nombre qui concernent la fidéjussion.

Le Fr. 33 (Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 1) semble donner raison aux partisans de la fidéjussion réductible. Une personne, priée de se porter fidéjusseur pour une certaine somme, s'oblige pour une somme plus forte; Julien lui accorde un recours par l'action *mandati*, jusqu'à concurrence de la somme qui lui avait été fixée. Pour expliquer cette décision, il n'est pas nécessaire de conclure à la nullité partielle de la fidéjussion contractée *in durio rem causam*. On peut supposer que le fidéjusseur avait été prié de garantir une partie de la dette principale, telle qu'une moitié, et qu'il en a garanti une partie plus forte, par exemple les trois quarts; il n'aura l'action *mandati* que dans la mesure d'une moitié. On peut supposer encore que le fidéjusseur s'était bien engagé *in durio rem causam*, mais qu'il a payé volontairement le créancier, bien qu'il ne fût pas tenu. Ce fidéjusseur se trouve alors dans une situation analogue à celle du *sponsor* qui consent à payer, bien qu'il soit *tempore liberatus*. Ils jouissent l'un et l'autre

de l'action *mandati*. (29, § 6, et 33, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.)

IV. — *Le fait et la demeure du débiteur principal réagissent contre le fidéjusseur.* — Il résulte de cette proposition que, lorsque l'objet dû vient à périr par le fait du débiteur principal ou après sa mise en demeure, l'obligation est perpétuée non seulement à son égard, mais aussi à l'égard du fidéjusseur. (58, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvi, tit. 4; 24, § 4, Dig., *De usur.*, lib. xxii, tit. i; 91, § 4, Dig., *De verb. oblig.*, lib. xlv, tit. 4.)

Toutefois, le fidéjusseur ne subit les conséquences de la demeure du *reus*, qu'autant que cette demeure est sérieuse. Si, par exemple, un pupille a promis Stichus *sine tutoris auctoritate*, et que Stichus vienne à mourir *post moram pupilli factam*, le fidéjusseur du pupille n'en est pas moins libéré. En effet, le pupille n'a contracté qu'une obligation naturelle, et le créancier n'ayant pas d'action ne peut pas l'interpeller : *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*. (127, Dig., *De verb. oblig.*, lib. xlv, tit. 4.)

Lorsque le débiteur principal purge sa demeure, il la purge également à l'égard du fidéjusseur. Mais ce dernier n'a aucun moyen de se soustraire aux conséquences de la demeure du débiteur principal. Par conséquent, si l'objet dû est Stichus, et que le *reus* soit *in mora*, le fidéjusseur restera tenu après la mort de Stichus, alors même qu'il aurait offert auparavant au créancier de lui livrer l'esclave. Mais, comme cette solution paraît bien rigoureuse, Paul consent, par équité, à lui accorder sa décharge. (88, Dig., *De verb. oblig.*, lib. xlv, tit. 4.)

Le fait et la demeure du fidéjusseur ne réagissent jamais contre le débiteur principal. (88, Dig., *De verb. oblig.*, lib. xlv, tit. 4.) Mais quelle conséquence aura, vis-à-vis du fidéjusseur lui-même, la perte de l'objet dû arrivée par son propre fait?

Nous rencontrons ici trois opinions qui correspondent à trois états successifs de la jurisprudence romaine.

Le fait du fidéjusseur fut d'abord assimilé, à l'égard du *reus*, au fait d'un tiers. Il entraînait ainsi la libération du *reus*, et par suite celle du fidéjusseur lui-même. Le créancier n'avait donc contre celui-ci qu'une action *de dolo* (19, Dig., *De dol. mal.*, lib. iv, tit. 3). Cette action *de dolo* était annale et pénale, c'est-à-dire insuffisante pour le demandeur et infamante pour le défendeur. Aussi, Africain et Marcien préférèrent-ils la remplacer par une *restitutio in integrum* contre le fidéjusseur, ce qui donnait lieu contre lui à une action *ex stipulatu utile*. Enfin, Paul, réalisant un dernier progrès, accorda au créancier une action *ex stipulatu* directe. (88, Dig., *De verb. oblig.*, lib. xlv, tit. 1 ; 38, § 4, et 95, § 1, Dig., *De solut.*, lib. xlvi, tit. 3 ; 32, § 5, Dig., *De usur.*, lib. xxii, tit. 1.)

V. — *La fidéjussion doit s'éteindre avec l'obligation principale.* — L'examen de cette proposition rentre dans l'étude plus générale des modes d'extinction de la fidéjussion.

CHAPITRE III.

Effets de la fidéjussion entre le créancier et le fidéjusseur.

Nous avons déjà dit que la fidéjussion ne conserva pas longtemps le caractère unilatéral des contrats *verbis*, et que, sous

le nom de bénéfices, certains adoucissements furent apportés à la condition du fidéjusseur. De plus, celui-ci, en sa qualité de débiteur accessoire, possède en face du créancier certains moyens de défense, soit de son propre chef, soit du chef du débiteur principal. Notre chapitre se divise naturellement en deux sections : Dans l'une nous étudierons les droits du créancier, et dans l'autre les droits du fidéjusseur.

SECTION 1^{re}.

Droits du créancier.

Pour connaître les droits du créancier, nous avons à résoudre ces quatre questions :

1^o En face d'un débiteur principal et de plusieurs fidéjusseurs, le créancier doit-il exercer ses poursuites dans un ordre quelconque ?

2^o Que peut-il demander à un fidéjusseur ?

3^o A quel moment peut-il le poursuivre ?

4^o En quel lieu doit-il le poursuivre ?

I. — *Le créancier doit-il exercer ses poursuites dans un ordre quelconque ?* — A l'époque classique, la situation du créancier se résume dans les trois règles suivantes : 1^o en face d'un débiteur principal et d'un fidéjusseur, il peut s'adresser à l'un ou à l'autre, à son choix ; 2^o en face de plusieurs fidéjusseurs, il peut demander la totalité de la dette à celui qu'il lui

plait de choisir; 3^o son choix devient définitif par la *litis contestatio*.

Le créancier a donc la faculté de poursuivre directement le fidéjusseur, sans être obligé de mettre préalablement le débiteur principal en demeure, ni de discuter les sûretés réelles qui existent à son profit. Bien plus, alors même que le fidéjusseur l'avertirait que le *reus* va devenir insolvable, il peut ne tenir aucun compte de cet avis sans craindre de se voir opposer plus tard l'exception *doli mali*. (2 et 5, Cod., *De fid. et mand.*, lib. VIII, tit. 44; 46, § 6, et 62, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Cette condition du fidéjusseur paraît bien rigoureuse, et l'on s'étonne que le bénéfice de discussion n'ait été introduit que par Justinien. Mais si les Romains n'ont pas senti plus tôt l'utilité de ce bénéfice, c'est qu'ils connaissaient plusieurs procédés qui leur permettaient d'arriver à un résultat semblable.

Un premier procédé consistait en ceci : Le fidéjusseur ne s'engageait à payer qu'à défaut du débiteur principal. L'interrogation avait alors lieu en ces termes : *Si reus non solverit, fide tua esse jubes?* Le créancier était ainsi obligé, avant toute poursuite, de mettre le *reus* en demeure. (46, § 6, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.) Toutefois, si le *reus* mourait avant d'être *in mora* et que son hérité restât jacente, le fidéjusseur perdait le droit d'exiger la mise en demeure du débiteur principal.

Un second procédé était le suivant : Lorsque le créancier s'était fait donner des sûretés réelles, le fidéjusseur ne s'engageait à payer que la partie de la dette que ces sûretés auraient été impuissantes à fournir. (17, Cod., *De fid. et mand.*, lib. VIII, tit. 8.) Il ne pouvait donc être poursuivi qu'après la discussion des droits de gage et d'hypothèque attachés à la créance qu'il avait garantie. Scævola nous donne un exemple d'une fidéjussion de ce genre : Un créancier a reçu des parures en

gage, et il a été convenu avec le débiteur que, si celui-ci ne payait pas sur les premières demandes, le gage serait vendu dans un certain délai. Plus tard, un fidéjusseur vient garantir cette même dette. Profitera-t-il du pacte intervenu entre le créancier et le *reus*? Oui, dit le jurisconsulte, il sera tenu seulement *in id quod minus ex pignoribus venditis redactum esset*. (63, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Le fidéjusseur devait quelquefois payer la totalité de la dette, quand même il s'était obligé *quanto minus ex pretio pignoris distracti servari potuerit*. C'est ce qui arrivait lorsque la chose engagée ou hypothéquée venait à périr par cas fortuit. Il est vrai qu'il n'avait promis que l'excédent de la dette sur le prix de cette chose, mais *istis verbis etiam totum contineri convenit*. Le prix de la chose se réduisant à zéro, l'excédent de la dette devient égal à la dette elle-même. (52, pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Un troisième procédé consistait dans l'emploi de la *fidejussio indemnitis*. Il y a *fidejussio indemnitis*, quand l'interrogation se fait en ces termes: *Quanto minus a reo consecutus fuero, tantum dare spondes*? Le fidéjusseur promet au créancier ce que celui-ci ne pourra pas obtenir du débiteur principal. Il contracte ainsi une obligation dont il est impossible de préciser l'étendue, car, qu'aura-t-il à payer? Peut-être rien, peut-être une fraction, peut-être la dette entière. (450, Dig., *De verb. signif.*, lib. L, tit. 46.)

Quel est le caractère de la *fidejussio indemnitis*? A la fin de l'époque classique, le *fidejussor indemnitis* était considéré comme obligé sous cette condition: *S'il est impossible au créancier d'obtenir du débiteur principal un paiement intégral*. Le *reus* acquitte-t-il toute la dette, la défaillance de la condition empêche la fidéjussion de naître. Le *reus* est-il, au contraire, totalement ou partiellement insolvable, la condition se réalise et le fidéjusseur est tenu. Telle est la théorie qui résulte de deux textes de Paul. (416, Dig., *De verb.*

oblig., lib. XLV, tit.; 21, Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3.)

Il est possible que cette manière d'envisager la *fidejussio indemnitis* n'ait point été celle des premiers jurisconsultes de l'époque classique. Un texte de Celse permet, en effet, au créancier de poursuivre le fidéjusseur avant le débiteur principal. Le juge devra rechercher au jour de la *litis contestatio* quelle somme le *reus* serait incapable de payer, et cette somme sera la mesure de la condamnation qu'il prononcera contre le fidéjusseur. (42, pr., Dig., *De reb. cred.*, lib. XII, tit. 1.) Cette doctrine devait être d'une application difficile, et les Romains acceptèrent sans doute de bonne heure la théorie de Paul, dont le résultat était plus pratique et plus conforme aussi à l'intention des parties.

Du caractère conditionnel de la *fidejussio indemnitis* découlent plusieurs conséquences. En premier lieu, le créancier doit poursuivre le débiteur principal et le discuter dans tous ses biens avant de s'adresser au fidéjusseur, car cette poursuite est seule capable de faire arriver ou défaillir la condition sous laquelle le fidéjusseur s'est obligé. En second lieu, en agissant contre le *reus*, le créancier n'épuise pas son droit contre le fidéjusseur, puisque c'est l'insuccès de l'action contre l'obligé principal qui fait naître l'action contre l'obligé accessoire. Enfin, le créancier est responsable de sa négligence à poursuivre le *reus*; le fidéjusseur ne lui a promis que ce qu'il ne pourrait pas recouvrer. Par conséquent, s'il laisse le *reus* devenir insolvable, la perte qu'il en éprouve reste à sa charge, à moins qu'il n'obtienne une *restitutio in integrum*. (41, pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Les trois procédés que nous venons de décrire résultent d'un pacte ajouté *in continenti* à la fidéjussion, c'est-à-dire d'une modification apportée à la formule d'interrogation du créancier. Leur emploi était donc impossible, quand la fidéjussion avait été réalisée en la forme ordinaire. Mais il y avait

un dernier procédé qui était toujours à la disposition des fidéjusseurs. Il consistait, pour ceux-ci, à donner mandat au créancier de poursuivre le débiteur principal. Ils évitaient, de la sorte, de faire l'avance de la somme due, et le créancier échappait, de son côté, aux effets de la *litis contestatio*. Si le débiteur principal se trouvait insolvable, il avait un recours contre les fidéjusseurs par l'action *mandati*.

Dans sa *Novelle IV*, Justinien établit ce qu'on a appelé, depuis, le bénéfice de discussion. Ce bénéfice donne à tout fidéjusseur une exception par laquelle il peut renvoyer le créancier à la discussion de tous les biens du débiteur principal.

En face de plusieurs fidéjusseurs, le créancier a le droit de demander la totalité de la dette à l'un quelconque d'entre eux. (§ 4, Instit., *De fid*, lib. III, tit. 20.) Ce droit resta entier jusqu'à Hadrien, qui y apporta le tempérament connu sous le nom de bénéfice de division. Désormais, chaque fidéjusseur put exiger du créancier la division de son action entre lui et les autres fidéjusseurs solvables. Un bénéfice de division avait été également accordé par une loi *Furia* aux *sponsores* et aux *fidepromissores* domiciliés en Italie. Mais le bénéfice établi par Hadrien en diffère, en ce qu'il opère *exceptionis ope* et non *ipso jure*; en ce qu'il ne concerne que les *adpromissores* solvables et non les *adpromissores* vivants, et en ce que cette solvabilité s'apprécie au jour de la *litis contestatio* et non au jour de l'échéance de la dette.

Enfin, le choix du créancier devient définitif par la *litis contestatio*, c'est-à-dire que, lorsque les poursuites contre un fidéjusseur ont été conduites jusqu'au moment de la délivrance de la formule, les autres fidéjusseurs sont libérés, et l'insolvabilité du défendeur reste à la charge du créancier. Cet effet de la *litis contestatio* n'existe plus sous Justinien. La constitution 28 (Cod., *De fid. et mand.*, lib. VIII, tit. 44) permet au créancier d'agir successivement contre chaque fidéjusseur, jusqu'à ce qu'il ait obtenu un paiement intégral.

II. — *Qu'est-ce que le créancier peut réclamer au fidéjusseur ?* — Il peut évidemment lui réclamer l'objet même de la dette principale. Mais le fidéjusseur doit-il en outre les augmentations qui ont pu grossir cette dette ? Il faut distinguer si ces augmentations ne sont que le développement naturel de l'obligation, si elles proviennent du fait du créancier ou si elles proviennent du fait du débiteur principal.

Les augmentations sont le développement naturel de l'obligation. Le fidéjusseur en sera ou n'en sera pas tenu, selon qu'il se sera obligé ou non *in omnem causam*. C'est l'intention des parties qui doit, en ce cas, trancher la question. Ainsi, un certain Aurélius Romulus, fermier des impôts, était insolvable, et le Fisc voulut poursuivre ses fidéjusseurs, tant pour le capital que pour les intérêts. Les fidéjusseurs réclamèrent, et, après avoir pris connaissance de la *subscriptio fidejussionis*, on décida qu'ils n'étaient tenus que pour le capital. (68, § 1, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Un fermier promet par stipulation la *pensio* qu'il doit payer annuellement au propriétaire, et il lui donne un fidéjusseur. Paul, interprétant la volonté des parties, déclare que le fidéjusseur ne répond pas seulement d'une *pensio*, mais de toutes les *pensiones* que le fermier n'aurait pas acquittées. (58, Pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.) Le même motif conduit Julien à décider que des fidéjusseurs donnés par des fermiers sont tenus non seulement des fermages, mais aussi *ob pecuniam dotis prædiorum*, c'est-à-dire de la valeur portée au bail des ustensiles fournis par le *dominus*. (52, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Lorsqu'un fidéjusseur est donné par le débiteur principal, en vertu d'une disposition légale (c'est, par exemple, un héritier donnant la *cautio legatorum*, ou un tuteur donnant la caution *rem pupilli salvam fore*), ce fidéjusseur doit, dans tous les cas, les augmentations de la dette qui n'en sont que

le développement naturel. Il n'y a pas lieu, alors, à consulter la volonté des parties. (3, Dig., *De fid. et nomin., et hered. tut., et curat.*, lib. xxvii, tit. 7; 1, § 13, Dig., *ut leg. seu fideic.*, lib. xxxvi, tit. 3; 10, Dig., *rem pup. vel adolesc. salv. for.*, lib. xlvi, tit. 6.)

Supposons maintenant que les augmentations proviennent du fait du créancier. Paul nous offre un exemple de cette hypothèse, qui paraît assez extraordinaire : Le détenteur d'un immeuble a été actionné en revendication par un gérant d'affaires dont la demande est repoussée. Avant de plaider, ce gérant d'affaires a dû donner au détenteur la caution *de rato*, c'est-à-dire faire garantir par des fidéjusseurs la ratification du jugement par le *dominus*. Le *dominus* étant de retour, ne ratifie pas; au contraire, il agit lui-même en revendication, et triomphe. Mais le détenteur ne veut pas restituer l'immeuble, et sa mauvaise volonté aggrave sa condamnation : *Magno condemnatus est*. Pourra-t-il alors réclamer aux fidéjusseurs *de rato* la totalité de sa condamnation, ou seulement la valeur de l'immeuble? Paul répond qu'il n'a droit qu'à la valeur de l'immeuble : *In amplius fidejussores non tenentur; hoc enim non debet imputari fidejussoribus, quod ille propter suam pœnam præstitit*. Donc, les accroissements de la dette dus au fait du créancier ne tombent pas à la charge du fidéjusseur. (73, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvi, tit. 1.)

La dette s'est augmentée par le fait du débiteur principal. Ces accroissements ont-ils pour celui-ci le caractère d'une peine, le fidéjusseur n'en est point tenu. Les cautions des magistrats ne doivent pas les amendes que ces magistrats ont encourues. (68, Pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvi, tit. 1.)

Si ces accroissements, bien que provenant du fait du *reus*, ne sont néanmoins que le développement de la dette, il faut alors examiner quelle a été l'intention des parties. Ainsi, le fidéjusseur d'un locataire doit-il les intérêts moratoires encourus par ce locataire? Paul répond qu'il les doit, s'il s'est en-

gagé *in omnem causam*, car il est dans la même situation que s'il eût promis *quantum illum (reum) condemnare ex bona fide portebit*. (54, pr., Dig., *Locat. conduct.*, lib. xix, tit. 2.) Mais il ne les doit point, lorsqu'il n'est pas obligé *in omnem causam*. (68, § 1, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvj, tit. 4.)

III. — *A quel moment le créancier peut-il poursuivre le fidéjusseur?* — Scœvola nous donne, à cet égard, un principe général : *Fidejussor, antequam reus debeat, conveniri non potest*. C'est une conséquence de la règle que le fidéjusseur ne peut pas être tenu *in duriolem causam*. (57, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvj, tit. 4.) Ce principe n'est pas contredit par Ulpien dans le Fr. 22. (Dig., *De pact.*, lib. ii, tit. 14.) Ulpien suppose un pacte *de non petendo in personam*, intervenu entre le créancier et le *reus*, et il veut dire simplement que ce pacte n'est pas invocable pour le fidéjusseur.

Une obligation comporte quelquefois un terme tacite au profit du débiteur. Quand un fidéjusseur promet à Rome de payer à Capoue, il a droit à un *tempus injectum*, car il faut bien lui laisser le temps de faire passer les deniers d'une ville à l'autre. Le créancier ne peut pas agir immédiatement contre lui, alors même que le *reus* se trouverait au lieu du paiement. Si le *reus* a promis à Rome de payer à Capoue, le *tempus injectum* qui lui est accordé profite encore au fidéjusseur, en vertu du principe de Scœvola. Papinien résume cette double solution, en disant : *Fidejussoriam obligationem conditionem taciti temporis ex utriusque persona recipere tam rei promittendi quam ipsius fidejussoris*. (49, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvj, tit. 4.)

IV. — *En quel lieu le créancier doit-il poursuivre le fidéjusseur?* — Il doit exercer ses poursuites au lieu désigné par le contrat, et s'il n'en a pas été désigné, au lieu du domicile

du fidéjusseur ou à Rome, patrie commune à tous les citoyens. La présence du défendeur était nécessaire, chez les Romains, pour nouer une instance. Le débiteur de mauvaise foi avait alors un moyen commode d'échapper à toute poursuite, c'était de se tenir absent de la ville où le créancier aurait pu l'attaquer; car celui-ci commettait une *plus-petitio*, en le traduisant devant le tribunal d'une autre ville. Pour éviter cet inconvénient, on créa l'action *de eo quod certo loco*, qui permit au créancier de poursuivre son débiteur là où il le trouverait, sans s'exposer au péril de la *plus-petitio*.

L'action *de eo quod certo loco* est arbitraire. Le fidéjusseur évitera donc la condamnation, s'il s'engage, sous des garanties sérieuses, à payer au lieu désigné. A défaut de cet engagement, le juge le condamnera, en tenant compte du préjudice qui peut résulter pour l'une ou l'autre des parties de ce que le paiement ne se fait pas au lieu où il aurait dû être fait.

SECTION II.

Droits du fidéjusseur.

Les droits du fidéjusseur, ou plutôt les moyens de défense qu'il peut opposer au créancier, se divisent en trois groupes. Les uns lui sont communs avec tous les obligés, ce sont les exceptions qui naissent en sa personne. D'autres tiennent à sa qualité d'obligé accessoire, ce sont les exceptions nées en la personne du débiteur principal et qu'il lui est permis d'invoquer. D'autres, enfin, résultent de la faveur que sa situation inspire au législateur, ce sont les bénéfices de cession d'actions,

de division et de discussion. Laissant de côté les exceptions communes au fidéjusseur et aux autres débiteurs, nous examinerons d'abord celles qu'il peut invoquer du chef du *reus*, puis nous passerons à l'étude de chacun des trois bénéfices qui lui ont été successivement accordés.

§ I. — *Exceptions que le fidéjusseur peut invoquer du chef du reus.*

Les Institutes nous disent que le fidéjusseur profite de la plupart des exceptions qui appartiennent au *reus*. (§ 4 Instit., *De replicat.*, lib. iv, tit. 14.) Il y en a donc quelques-unes dont il ne profite pas. Nous trouvons, dans un texte de Paul, le *criterium* à l'aide duquel nous distinguerons celles-ci de celles-là. (7, pr., et § 4 Dig., *De except.*, lib. xliv, tit. 1.)

Paul partage toutes les exceptions en deux grandes classes. Les unes sont *personæ cohærentes*, et ne peuvent être invoquées que par l'obligé du chef duquel elles sont nées : *Non transeunt ad alios*. Les autres sont *rei cohærentes*, et appartiennent aux obligés accessoires comme à l'obligé principal : *Etiam fidejussoribus competunt*. Par conséquent, veut-on savoir si une exception appartenant au *reus* profite au fidéjusseur, il faut examiner si elle est *personæ* ou *rei cohærens*.

Comme exemple d'une exception *personæ cohærens*, Paul cite le bénéfice de compétence. Bien qu'en général l'étendue de la condamnation se mesure aux droits du demandeur et non à la fortune du défendeur, certains débiteurs, tels que le donateur, le patron, l'ascendant, le mari, l'associé, ont ce privilège de ne pouvoir être condamnés *que in id quod facere*

possunt. Mais ce privilège ne s'étend pas à leurs fidéjusseurs, qui doivent être condamnés à la totalité de la dette. (7, pr., Dig., *De except.*, lib. XLIV, tit. 1.)

Ulpien admet aussi qu'une exception *personæ cohærens* ne profite pas aux débiteurs accessoires. Puis il ajoute que le fidéjusseur d'un associé pourra invoquer le bénéfice de compétence, *si hic fidejussor, quasi defensor socii, judicium suscepit*. Cette décision n'est point contraire à la règle de Paul, car Ulpien suppose que le fidéjusseur figure au procès non pas en son propre nom, mais comme *defensor in litem* de l'associé. Par conséquent, c'est contre l'associé que le préteur délivre la formule d'action, et c'est le nom de l'associé qui figure dans la *condemnatio*. Il n'est donc pas étonnant que le fidéjusseur puisse, en pareil cas, invoquer le bénéfice de compétence. (63, § 1, Dig., *Pro soc.*, lib. XVII, tit. 2.)

L'exception *nisi bonis cesserit* est également *personæ cohærens*. Elle permet au débiteur qui a fait abandon de ses biens à ses créanciers, d'échapper à de nouvelles poursuites aussi longtemps qu'il n'a rien acquis. Comme la précédente, elle est refusée au fidéjusseur. (§ 4, Instit., *De replicat.*, lib. IV, tit. 14.)

Le Fr. 7, § 1 (Dig., *De except.*, lib. XLIV, tit. 1), énumère un grand nombre d'exceptions *rei cohærentes*. Parmi ces exceptions, les unes méritent bien ce titre, car elles tendent à repousser les prétentions du demandeur, sans les discuter au fond. Mais les autres sont de vrais modes d'extinction des obligations qui, n'étant pas consacrés par le droit civil, ne peuvent être opposés que sous la forme d'une exception. Nous renvoyons l'étude de ces dernières au chapitre de l'extinction de la fidéjussion.

Les exceptions dignes de ce nom, que nous cite Paul, sont: *Doli mali, quod metus causa, intercessionis, Macedoniani, libertatis onerandæ causa, et pro minore viginti quinque annis*.

Quand on accorde l'exception *doli mali* ou *quod metus causa* au débiteur principal, il est juste de l'accorder aussi au débiteur accessoire, afin de donner au premier une protection efficace. Si, en effet, le fidéjusseur était obligé de payer sans se prévaloir de l'exception, il exercerait son recours contre le *reus*, qui se trouverait ainsi indirectement à la merci de la mauvaise foi ou de la violence du créancier. (14, § 6, Dig., *Quod met. caus.*, lib. iv, tit. 2.)

Paul accorde d'une manière générale au fidéjusseur le bénéfice du Sénatus-Consulte Velléen. Gaius Cassius ne le lui accordait, au contraire, que s'il s'était engagé sur le mandat de la femme, *si a muliere rogatus fuisset*. Mais Julien, qui rapporte l'opinion de Cassius, la rejette, et, comme Paul, il donne toujours au fidéjusseur l'*exceptio intercessionis*, *quia totam obligationem senatus improbat*. (16, § 4, Dig., *Ad S.-C. Vell.*, lib. xvi, tit. 4.)

L'exception *Macedoniani* appartient au fidéjusseur, mais dans le cas où il jouit d'un recours contre le débiteur principal. Lorsqu'il n'a pas de recours, il ne peut pas invoquer le Sénatus-Consulte Macédonien. Cette différence entre l'exception *Macedoniani* et l'exception *intercessionis* résulte de ce que le Sénatus-Consulte Macédonien laisse subsister une obligation naturelle à la charge des fils de famille, tandis que le Velléen n'en laisse pas subsister à la charge de la femme. (9, § 3, Dig., *De S.-C. Maced.*, lib. xiv, tit. 6; 40, pr., Dig., *De condict. indeb.*, lib. xii, tit. 6.)

L'exception *libertatis onerandæ causa* est accordée à l'esclave affranchi par son maître et grevé par lui d'obligations, *quæ ita imponuntur, ut si patronum libertus offenderit, petantur ab eo, semperque sit metu exactionis ei subiectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono præcipiente*. (1, § 5, Dig., *Quar. rer. act. non dat.*, lib. xlv, tit. 5.) Elle a pour but de sauvegarder l'indépendance de l'es-

clave affranchi. Voilà pourquoi les Romains la rangent parmi les exceptions *quæ etiam fidejussoribus competunt*.

L'exception *pro minore viginti quinque annis* n'est pas autre chose que l'exception de dol instituée d'abord par la loi *Plætoria* en faveur des mineurs de 25 ans, avant d'être généralisée par le prêteur. Par la même raison que cette dernière, elle doit appartenir au fidéjusseur.

Un fidéjusseur peut-il se prévaloir d'une exception *rei cohærens* malgré le débiteur principal? Ulpien répond affirmativement et pose cette règle générale: *Ex persona rei, et quidem invito reo, exceptio... fidejussori... competere potest*. (32, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Julien applique la règle d'Ulpien à un cas particulier. J'ai fait une promesse sans cause à mon créancier: par exemple, j'ai emprunté de l'argent par *mutuum*, le *mutuum* a été déduit en stipulation, un fidéjusseur a garanti ma promesse, mais le créancier ne m'a pas remis le montant du prêt. J'ai contre lui l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Puis-je défendre au fidéjusseur d'opposer cette exception et lui dire de payer et d'exercer ensuite son recours contre moi? Non, répond Julien, *fidejussori, etiam invito me, exceptio dari debet*. (15, pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

§ II. — Du bénéfice de cession d'actions.

Des trois bénéfices qui appartiennent aux fidéjusseurs, le plus ancien est celui de cession d'actions. Il fut consacré par la jurisprudence bien avant le rescrit d'Hadrien, mais après l'introduction de la procédure formulaire.

Du bénéfice de cession d'actions, le fidéjusseur retire trois

avantages : 1^o au lieu d'agir contre le débiteur principal par l'action *mandati*, il peut agir par l'action même du créancier ; 2^o il profite des droits de gage et d'hypothèque attachés à la créance, et il peut s'en prévaloir, non seulement à l'encontre des autres créanciers du *reus*, mais encore à l'encontre des tiers détenteurs ; 3^o s'il a des cofidėjusseurs, il acquiert contre eux un recours dont il est toujours privé de son chef. (14, Cod., *De fid. et mand.*, lib. viii, tit. 44 ; 39, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvii, tit. 4.)

I. — A qui appartient le bénéfice de cession d'actions ? Ce bénéfice a pour but de faciliter les moyens de recouvrer ses déboursés au fidėjusseur qui a acquitté la dette. Il n'appartient donc qu'aux fidėjusseurs qui ont un recours contre le débiteur principal.

II. — Comment s'obtient le bénéfice de cession d'actions ? A ces deux conditions, que le fidėjusseur le demande, et qu'il offre le montant intégral de la créance. Il faut d'abord que le fidėjusseur le demande, car la cession d'actions ne s'opère pas de plein droit. (14, Cod., *De fid. et mand.*, lib. viii, tit. 44.)

Il faut ensuite que le fidėjusseur offre la totalité de la créance. (17, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvii, tit. 1.) Quelquefois, cependant, il devra offrir davantage. Si deux créances sont garanties par la même hypothèque, le fidėjusseur, qui n'a accédé qu'à l'une d'elles, ne pourra obtenir la cession des droits hypothécaires du créancier qu'en les payant toutes deux. (2, Cod., *De fid. et mand.*, lib. viii, tit. 44.)

III. — A quel moment la cession doit-elle s'opérer ? Avant le paiement, car elle devient impossible lorsque le paiement a été effectué, puisque les droits du créancier sont anéantis. Mais qu'importe, dira-t-on, que le créancier ait cédé antérieurement ses droits, l'effet extinctif du paiement n'est-il pas tou-

jours le même ? Comment cet effet extinctif serait-il empêché par une cession d'actions ? Paul prévoit l'objection et s'efforce d'y échapper en présentant l'opération comme une vente. Le créancier qui cède ses droits est censé recevoir moins un paiement que le prix de vente de sa créance : *Non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit.* (36, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI., tit. 4.)

Si le fidéjusseur est réputé acheteur de la créance, il n'est pas réputé acheteur des objets engagés ou hypothéqués à cette créance. Il n'a sur eux que les droits de gage ou d'hypothèque dont jouissait le créancier. Cette remarque est importante : Un créancier gagiste ne fait pas les fruits siens, tandis que l'acheteur de bonne foi les acquiert par la perception. Donc le fidéjusseur, auquel la cession ne donne que les droits d'un créancier gagiste, devra tenir compte des fruits. (59, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI., tit. 4.)

IV. — Comment s'opère la cession ? Par une *procuratio in rem suam*. Le fidéjusseur est constitué mandataire du créancier à l'effet d'exercer les actions attachées à la créance, et sans avoir à rendre compte de l'exécution du mandat. En cas de paiement volontaire, les choses se passent très simplement. Avant de livrer son argent, le fidéjusseur demandera la cession des actions du créancier ; si celui-ci refuse, il n'effectuera pas le paiement. (21, Cod., *De fid. et mand.*, lib. VIII., tit. 41.)

En cas de paiement non volontaire, supposons que les parties soient *in jure*. Le créancier ne veut pas consentir à la cession. Si son refus est fondé, le prêteur lui accordera purement et simplement sa formule d'action contre le fidéjusseur. Si son refus est injuste, le prêteur ne lui délivrera pas de formule. Si, enfin, le motif de son refus est d'une appréciation difficile, le prêteur insérera dans la formule une exception de dol, et le juge condamnera ou absoudra le fidéjusseur selon que la ré-

sistance du créancier lui paraîtra raisonnable ou de mauvaise foi.

Supposons que les parties soient *in judicio*. La cession est toujours possible quant aux droits de gage et d'hypothèque, car ces droits subsistent même après la sentence du juge. (13, § 4, Dig., *De pign. et hyp.*, lib. xx, tit. 4.) Elle est également possible quant à l'action personnelle du créancier, lorsque la *litis contestatio* n'opère que *exceptionis ope*. L'exception qu'on pourrait opposer à l'exercice de cette action serait paralysée par une réplique.

Post sententiam, l'action personnelle du créancier est toujours définitivement éteinte; il ne peut donc plus être question de la céder au fidéjusseur. Mais celui-ci conserve encore le droit de demander la cession des sûretés réelles attachées à la créance, puisque ces sûretés ne s'éteignent que par le paiement de la dette. (13, § 4, Dig., *De pign. et hyp.*, lib. xx, tit. 4.)

V. — Le bénéfice de cession d'actions n'a pas pour conséquence d'obliger le créancier à conserver ses actions. Celui-ci n'est tenu qu'à les céder telles qu'il les a au moment où le fidéjusseur offre le paiement, et si, par son fait ou par sa négligence, elles ont péri en totalité ou en partie, sa responsabilité n'est nullement engagée. Cette proposition découle nettement d'un texte de Julien. Deux fidéjusseurs ont cautionné une dette de 20; l'un d'eux paie 5 au créancier qui lui consent un pacte *de non petendo in personam*. Julien décide sans hésitation que le créancier peut réclamer 15 à l'autre fidéjusseur : *nulla exceptione summo veris*. S'il répondait de la conservation de ses actions, il serait repoussé par une exception de dol, pour avoir volontairement renoncé à son action contre le premier fidéjusseur. (15, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvj, tit. 4.)

La même proposition est confirmée par une constitution

impériale. Un débiteur a donné au créancier des gages et un fidéjusseur, puis il vend les objets engagés. Le créancier n'agit pas, il laisse, au contraire, l'acquéreur accomplir la *longi temporis præscriptio*. Malgré cette négligence, il conserve son action contre le fidéjusseur. (25, Cod., *De fid. et mand.*, lib. viii, tit. 44.)

Certains textes, cependant, semblent établir la responsabilité du créancier. Ainsi Papinien, supposant qu'un créancier a, par sa faute, épuisé inutilement son droit contre le *reus*, ne lui permet pas d'agir contre l'obligé accessoire, *cum vitio ipsius acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere*. Il faut remarquer qu'il s'agit ici d'un *mandatum pecuniæ credendæ*, c'est-à-dire d'un contrat de bonne foi, tandis que la fidéjussion est de droit strict. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que le créancier ait envers le *mandator* des obligations qu'il n'a pas envers le fidéjusseur. (95, § 44, Dig., *De solut.*, lib. xlii, tit. 3.)

Un créancier a reçu une hypothèque sur un fonds et un fidéjusseur, et il a vendu le fonds bien au-dessous de sa valeur. Il a perdu, par ce fait, le droit de réclamer le complément de sa créance au fidéjusseur. (18, Cod., *De fid. et mand.*, lib. viii, tit. 44.) Ne résulte-t-il pas de là l'obligation pour le créancier de conserver ses actions? Nullement. Si le fidéjusseur cesse d'être tenu, c'est que le *reus* est lui-même libéré. L'extinction de l'obligation accessoire n'est, ici, que la conséquence de l'extinction de l'obligation principale. (1, 2 et 3, Cod., *Si vend. pign.*, lib. viii, tit. 30.)

§ III. — Du bénéfice de division.

Le bénéfice de division occupe le second rang dans l'ordre historique. Il a été introduit dans la législation romaine par

un rescrit d'Hadrien : *Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt, partes petere.* (Gaii, *Comm.*, lib. III, § 121.)

A l'époque d'Hadrien, les *sponsores* et les *fidepromissores* habitant l'Italie, jouissaient depuis longtemps d'une faveur analogue au bénéfice de division. Une loi *Furia*, qui date de l'an 659 de la fondation de Rome, avait décidé que la dette qu'ils garantissaient se partagerait entre eux par portions viriles : *Et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio.* (Gaii, *Comm.*, lib. III, § 121.) Mais la division établie par cette loi et celle établie par l'*epistola divi Hadriani*, se séparent par des différences considérables :

1° La loi *Furia* divise la dette entre *sponsores* et *fidepromissores vivants lors de l'échéance* ; l'*epistola Hadriani* divise la dette entre *fidéjusseurs solvables lors de la litis contestatio* ;

2° L'une met à la charge du créancier l'insolvabilité du *sponsor* ou *fidepromissor* survenue avant et celle survenue après l'échéance ; l'autre ne met à la charge du créancier que l'insolvabilité du fidéjusseur survenue après la *litis contestatio* ;

3° L'une divise la dette de plein droit et, par suite, le *sponsor* ou *fidepromissor* qui paie plus que sa part, jouit de la *condictio indebiti*, tandis que le créancier qui réclame plus que cette part commet une *plus-petitiō* ; l'autre ne divise la dette que *per exceptionem*, en sorte que, dans les mêmes hypothèses, il n'y a ni *condictio indebiti* au profit du fidéjusseur, ni *plus-petitiō* du côté du créancier ;

4° La mort d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor*, arrivée après l'échéance, met le créancier en perte, car l'obligation du *de cujus* ne passe pas à ses héritiers et ne peut plus retomber sur les autres *adpromissores*. Au contraire, la mort d'un fidé-

jusseur ne nuit jamais par elle-même au créancier, car l'obligation du *de cuius* passe toujours à ses héritiers.

Le bénéfice de division repose sur un pacte tacite, d'après lequel le créancier, recevant plusieurs fidéjusseurs, est présumé consentir à diviser son action entre les fidéjusseurs solvables lors de la *litis contestatio*. Cette considération nous explique pourquoi certains fidéjusseurs, tels que ceux fournis par un tuteur, ne jouissent jamais du bénéfice de division. C'est qu'il n'est pas possible de supposer un pacte tacite entre eux et le créancier. (12, Dig., *Rem pup. vel adolesc. salv. for.*, lib. XLVI, tit. 6.)

I. — Entre quelles personnes existe le bénéfice de division? Un fidéjusseur peut invoquer ce bénéfice, soit de son chef, soit du chef d'autrui. S'il l'invoque de son propre chef, il faut que le fidéjusseur contre qui la division est demandée, soit obligé à la fois *pro eadem re* et *pro eodem debitore*.

Un créancier a deux *rei promittendi*, Titius et Séius, qui lui ont fourni chacun deux fidéjusseurs. Si l'un des fidéjusseurs de Titius est poursuivi, pourra-t-il demander la division de la dette entre lui et les trois autres fidéjusseurs? Non, nous dit Papinien. Le créancier est libre de ne demander qu'un quart à chacun ; mais le fidéjusseur poursuivi n'a droit qu'à la division entre lui et l'autre fidéjusseur de Titius. *Invitus creditor inter omnes fidejussores actiones dividere non cogitur, sed inter eos duntaxat, qui pro singulis intervenerunt.* (51, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Pour la même raison, un certificateur de caution ne peut pas demander la division entre lui et le *fidejussor principalis*. Ce dernier joue, vis-à-vis du certificateur, le rôle de débiteur principal, *loco rei est*. Or, le bénéfice de division ne saurait être réclamé par un fidéjusseur contre le débiteur principal. (27, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Un fidéjusseur a quelquefois le droit d'invoquer le bénéfice de division, du chef d'autrui. Il faut, pour cela, qu'il ait cautionné une personne qui jouisse de ce bénéfice à l'encontre d'une autre personne. La faculté de demander la division, du chef d'autrui, est donc la conséquence du principe que la fidéjussion ne peut pas être contractée *in duriolem causam*.

Deux fidéjusseurs, Titius et Séius, garantissent une même dette, et Titius a donné un certificateur de caution, Mœvius. Ce dernier ne peut pas demander, de son chef, la division entre lui et Séius, puisqu'ils ne sont pas obligés *pro eodem debitorum*. Mais comme Titius jouit du bénéfice de division à l'égard de Séius, il faut bien accorder ce même bénéfice à Mœvius, qui, sans cela, serait obligé *in duriolem causam*. (27, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.) En d'autres termes, le bénéfice de division constitue une exception *rei cohærens*.

Le Fr. 27, § 1 (Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4), prévoit et résout en même temps deux hypothèses. Il suppose qu'un fidéjusseur a donné un certificateur de caution, et il suppose ensuite que ce même fidéjusseur en a donné plusieurs; dans l'un et l'autre cas, ajoute le texte, il y a lieu au bénéfice de division. On comprend aisément que les certificateurs d'un même fidéjusseur aient entre eux le bénéfice de division. Mais contre qui ce bénéfice existera-t-il, s'il y a un certificateur unique? Le Fr. 27, § 4, nous apprend qu'il ne peut exister que contre les cofidéjusseurs du *fidejussor principalis*, et du chef de ce dernier. (27, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Avant d'entrer en fonctions, des tuteurs ont fourni chacun un fidéjusseur; puis, ils ont géré en commun le patrimoine du pupille, et ils sont tous solvables. Dans ces conditions, ils jouissent entre eux du bénéfice de division. Chaque fidéjusseur, au contraire, en est privé par cette double raison qu'il

s'agit d'une tutelle et qu'il n'y a point d'autres fidéjusseurs obligés *pro eodem debitore*; mais il pourra demander la division, du chef du tuteur qu'il a cautionné. (4, § 44, Dig., *De tut. et ration. distr.*, lib. xxvii, tit. 3; 6, Dig., *De fid. et nomin. et hered. tut.*, lib. xxvii, tit. 7.)

II. — Quelles qualités doit réunir le fidéjusseur contre qui la division est demandée? Il doit être solvable et valablement obligé.

La condition de solvabilité est exigée par Gaius (Gai, *Comm.*, lib. iii, § 121) et par les Institutes : *Compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt, litis contestator tempore, partes petere.* (§ 4, Instit., *De fid.*, lib. iii, tit. 20.) Le juge apprécie cette solvabilité en tenant compte de toute la fortune mobilière et immobilière du fidéjusseur, et aussi de la fortune du certificateur, s'il s'agit d'une *fidejussio principalis*. (27, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvi, tit. 4.) La condition de validité résulte d'une décision de Papinien. Un débiteur a fourni deux fidéjusseurs, dont une femme, Titius et Seia. L'engagement de la femme est nul, en vertu du Sénatus-Consulte Velléien, et Titius devra payer la dette entière, sans pouvoir demander la division contre Seia. (48, pr., Dig., *De Fid. et mand.*, lib. xlvi, tit. 4.)

La règle que le fidéjusseur doit être valablement obligé, comporte une exception et une limitation. Voici d'abord l'exception : Lorsqu'un fidéjusseur, mineur de 25 ans, a obtenu la *restitutio in integrum*, son codidéjusseur conserve le bénéfice de division, si le mineur s'est obligé le premier. Mais, dans l'hypothèse inverse, ou même si les deux fidéjusseurs ont contracté en même temps, on rentre dans la règle, et le bénéfice de division n'existe plus. (48, § 1, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvi, tit. 4.) — Voici maintenant la limitation : Toutes les fois qu'un créancier a employé des manœuvres frauduleuses pour amener un mineur de 25 ans à se porter fidéjusseur, il

doit subir les conséquences de son dol, et diviser son action entre le mineur et les autres obligés accessoires. Il n'y a plus lieu, ici, de consulter les dates respectives des fidéjussions. (48, § 1, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Le fidéjusseur obligé *pure* n'en a pas moins le droit de demander la division contre un cofidéjusseur obligé *in diem* ou *sub conditione*. Mais la division ne deviendra définitive qu'autant que celui-ci sera encore solvable à l'arrivée du terme ou de la condition. Si à ce moment il est insolvable, ou si la condition défailtit, le bénéfice de division disparaît, et le créancier peut se retourner contre le fidéjusseur pur et simple, pour obtenir la dernière partie de sa créance. Nous trouvons ici une dérogation au principe que la solvabilité du fidéjusseur s'apprécie lors de la *litis contestatio* ; elle s'apprécie au jour de l'arrivée du terme ou de la condition, quand la fidéjussion est contractée *in diem* ou *sub conditione*. (27, pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Lorsqu'un fidéjusseur vient à mourir, son droit au bénéfice de division passe, avec son obligation, à ses héritiers. Il passe également au Fisc, si le Fisc recueille ses biens. (27, § 3, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1 ; 3, Cod., *De fid. et mand.*, lib. VIII, tit. 44.)

Entre fidéjusseurs, la division de la dette ne se produit que *per exceptionem*. Papinien nous cite cependant un cas où elle opère *ipso jure* ; c'est lorsque les fidéjusseurs ont promis *solidum aut partem virilem*. Une telle clause a pour effet de diviser la dette de plein droit entre tous les fidéjusseurs solvables lors de la *litis contestatio*. Chacun d'eux, en effet, a promis le tout, si les autres n'étaient pas solvables, et n'a promis que sa part, s'ils étaient solvables. La division résulte donc de la formule même de la fidéjussion, et non pas du rescrit d'Hadrien ; voilà pourquoi elle a lieu *ipso jure*. Si les fidéjusseurs avaient promis *solidum et partem virilem*, leur situation n'aurait été en rien modifiée, car cette clause ne fait qu'expri-

mer ce que la loi sous-entend. (51, pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

III. — Comment se perd le bénéfice de division? Il se perd de trois manières : 1^o par renonciation ; 2^o par *infitiatio* ; 3^o par paiement.

Il se perd d'abord par renonciation. Cette renonciation doit être claire et formelle, car le doute s'interprète en faveur du fidéjusseur, c'est-à-dire en faveur de la conservation du bénéfice. Ainsi, les fidéjusseurs qui s'engagent avec cette clause, *ut singuli in solidum tenerentur*, ne sont pas privés, pour cela, du droit de demander la division. Les termes qu'ils ont employés n'indiquent pas assez nettement l'intention de renoncer au bénéfice, car le rescrit d'Hadrien n'empêche pas qu'ils ne soient tenus *in solidum*. (4, § 4, Dig., *Si quis caut. in jud.*, lib. II, tit. 44 ; 99 pr., Dig., *De verb. oblig.*, lib. XLV, tit. 1 ; 3, Cod., *De fid. et mand.*, lib. VIII, tit. 44.)

Le bénéfice de division se perd ensuite par *infitiatio*. Le fidéjusseur qui a commencé par nier la dette ou la fidéjussion, ne peut plus exiger que l'obligation se divise entre lui et ses cofidéjusseurs. (10, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Il se perd enfin par le paiement. Supposons que deux fidéjusseurs aient garanti une dette de 100. L'un d'eux paie la dette entière ; il ne peut pas réclamer 50 au créancier, sous prétexte qu'il avait droit au bénéfice de division. S'il n'a payé qu'une partie de la dette, telle qu'un quart, il ne peut pas prétendre ensuite ne devoir plus que 25 au créancier, sous prétexte que le bénéfice de division réduisait son obligation à 50. En un mot, la perte du bénéfice a lieu dans la mesure du paiement ; elle est complète ou partielle, suivant que le paiement est lui-même intégral ou partiel.

Une dette de vingt mille sesterces est garantie par deux fi-

déjusseurs, dont l'un meurt, laissant deux héritiers. Un de ces héritiers paie la totalité de la dette; dans quelle mesure aura-t-il la *condictio indebiti*? Il l'aura certainement pour dix mille sesterces. Le fidéjusseur défunt avait promis vingt mille, et comme son obligation se divise de plein droit entre ses héritiers, chacun d'eux ne doit que dix mille. Mais l'héritier ne pourra-t-il pas faire le raisonnement suivant: « Mon auteur avait droit au bénéfice de division, ce qui réduisait son obligation à dix mille; cette obligation s'étant partagée entre mon cohéritier et moi, nous ne devons chacun que cinq mille, et, par conséquent, je vais exercer la *condictio indebiti* pour quinze mille? » Papinien repousse ce raisonnement. Le paiement a enlevé à l'héritier le droit de réclamer la division, du chef de son auteur, et, par suite, la *condictio indebiti* ne lui sera accordée que pour dix mille. (49, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Un créancier ayant deux fidéjusseurs reçoit de l'un la moitié de sa créance, puis il lui réclame l'autre moitié. Le fidéjusseur peut-il répondre qu'en vertu du bénéfice de division il n'était tenu que de sa part, et que, l'ayant déjà payée, il ne doit plus être poursuivi? Non, car il a perdu le bénéfice de division pour moitié. Ce bénéfice ne peut plus porter, maintenant, que sur la partie non encore acquittée de la dette. Toutefois, dans cette hypothèse, Papinien admet un tempérament à la rigueur des principes; il permet au fidéjusseur de renvoyer le créancier, par une exception de dol, contre l'autre fidéjusseur, si celui-ci est solvable. Ce tempérament est aussi accepté par Julien. (51, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4; 37, Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3)

IV. — Dans quelle forme invoque-t-on le bénéfice de division? Ce bénéfice ne produit pas son effet *ipso jure*; il s'exerce sous la forme d'une exception dont Paul nous a conservé les termes : *Si non et illi solvendo sint*. Cette exception est in

factum concepta ; elle porte sur un fait que le juge devra vérifier ; ce fait, c'est la solvabilité des autres fidéjusseurs. (28, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Lorsque le fidéjusseur poursuivi prouve *in jure* la solvabilité de ses cofidéjusseurs, le prêteur n'insérera pas d'exception dans la formule, mais il ne la délivrera contre lui que pour sa part virile. Le créancier pourra, à son choix, ou se faire délivrer une formule semblable contre chaque fidéjusseur, ou les poursuivre tous simultanément par une seule formule.

V. — Lorsque la *litis contestatio* a eu lieu et que la division a été prononcée, l'insolvabilité postérieure d'un fidéjusseur retombe toujours à la charge du créancier. Celui-ci fût-il mineur de 25 ans, il n'obtiendrait pas une *restitutio in integrum*, parce que la lésion résulte, ici, non de son inexpérience, mais de l'application d'une règle de droit : *Non capitur qui jus publicum sequitur*. (51, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4 ; 446, § 4, Dig., *De reg. jur.*, lib. I, tit. XVII.)

Des tuteurs, exerçant les droits de créance de leur pupille, ont été obligés de diviser leur action entre plusieurs fidéjusseurs solvables, et ont obtenu contre eux tous une condamnation. Mais ils négligent de faire exécuter la sentence du juge, et l'un des condamnés devient insolvable. Le dommage résultant de cette insolvabilité n'est pas pour les autres fidéjusseurs ; il retombera sur les tuteurs qui ont engagé leur responsabilité par leur négligence. Le pupille aura contre eux l'action *tutelæ directa*. Si le prêteur a divisé l'action des tuteurs entre des fidéjusseurs dont quelques-uns n'étaient pas solvables, les tuteurs ne sont plus responsables du dommage éprouvé en ce cas par le pupille. Celui-ci aura alors la ressource de la *restitutio in integrum*. (52, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

La *restitutio in integrum* est également accordée au mineur de 25 ans qui a divisé son action soit volontairement, soit

sur l'ordre du prêteur, entre fidéjusseurs solvables et insolvable. Elle n'est accordée au majeur de 25 ans que s'il a divisé son action sur l'ordre du prêteur. (1, § 1, Dig., *Ex quib. caus. maj. vig. ann.*, lib. iv, tit. 6.)

Le fidéjusseur doit réclamer le bénéfice de division *in jure*, car, si le prêteur n'ajoute pas dans la formule l'exception *si non et illi solvendo sint*, le juge, lié par l'*intentio*, devra le condamner à payer toute la dette. Il ne resterait plus alors au fidéjusseur que la ressource de l'*in integrum restitutio*. (Gai, *Comm.*, lib. iv, § 125.) Cependant, certains textes semblent dire que la division peut être demandée en tout état de cause jusqu'à la condamnation. Sans doute, ces textes s'appliquent à des cas de *cognitiones extraordinariæ*, ou ont été retouchés par Justinien. (2, Cod., *Sent. rescend. non poss.*, lib. vii, tit. 50; 40, § 1, Cod., *De fid. et mand.*, lib. viii, tit. 44.)

Quel est l'effet de l'insertion dans la formule de l'exception *si non et illi solvendo sint*? Le fidéjusseur qui ne prouve la solvabilité d'aucun de ses cofidéjusseurs, sera condamné à l'intégralité de la dette; mais, en prouvant cette solvabilité, il n'obtient pas une absolution complète, il sera condamné dans la mesure de sa part virile. Nous sommes dans un des cas où la preuve d'une exception diminue seulement la condamnation du défendeur. (22, pr., Dig., *De except.*, lib. xlv, tit. 4.)

§ IV. — Du bénéfice de discussion.

Le bénéfice de discussion appartient plutôt au droit du Bas-Empire qu'au droit Romain. Il a été établi par Justinien, dans sa Nouvelle IV, en l'année 529. Dans cette Nouvelle, Justinien déclare qu'il ne crée pas un droit nouveau, mais qu'il remet en vigueur

une institution ancienne, tombée en désuétude. Il est difficile de préciser ce qu'il y a de vrai et de faux dans cette affirmation. En tout cas, nous savons que le bénéfice de discussion n'existait pas à l'époque classique, et que les Romains le remplaçaient par l'emploi de certains procédés qui leur permettaient d'arriver à peu près au même résultat.

Cependant ce bénéfice n'était pas complètement inconnu avant Justinien. Quelques textes du Digeste et du Code nous montrent que certains fidéjusseurs possédaient déjà directement le droit de n'être poursuivis qu'après le débiteur principal. C'étaient :

1° Les fidéjusseurs des débiteurs du fisc. (4, Cod., *Quand. fisc. vel priv.*, lib. iv, tit., 15.)

2° Les fidéjusseurs des magistrats. (3, § 4, Dig., *De administr. rer.*, lib. I, tit. 8.)

3° Le père de famille qui avait consenti à ce que son fils devînt décurion. Il était considéré comme fidéjuteur de son fils, mais ne pouvait être poursuivi qu'après lui. (2, Pr., et 17, § 2, Dig., *Ad municip.*, lib. I, tit. 1.)

Une sorte de bénéfice de discussion appartenait encore, bien qu'ils ne fussent pas fidéjusseurs :

1° Aux tuteurs qui n'avaient pas géré contre ceux qui avaient géré le patrimoine du pupille. (39, § 11 et 55, § 2, Dig., *De admin. et peric. tut.*, lib. xxvi, tit. 7.)

2° Au magistrat qui était convenu avec son collègue, *ut alterius tantum periculo tutores darentur*, contre le magistrat qui avait accepté cette responsabilité. (1, § 9, Dig., *De magistrat. conveniend.*, lib. xxvii, tit. 8.)

Le bénéfice de discussion n'enlève pas au créancier le droit de poursuivre directement le fidéjuteur, il constitue simplement au profit de celui-ci une exception dilatoire, qui lui permet de refuser le paiement, aussi longtemps que l'insol-

vabilité du débiteur principal n'a pas été constatée par la vente de tous ses biens. En sa qualité d'exception dilatoire, le bénéfice de discussion doit être proposé *in limine litis*. De plus, l'exercice de ce bénéfice est subordonné à la présence du débiteur principal. Si ce dernier est absent, le fidéjusseur ne peut que s'engager à le faire comparaître dans un délai fixé par le juge, et lorsque ce délai expire sans que le débiteur principal comparaisse, il est obligé de répondre lui-même à l'action du créancier. (Nov. IV, *De fid. et mand. spons. et solut.*, cap. 1.)

Tant que la discussion n'est pas demandée, l'insolvabilité du débiteur principal reste, comme par le passé, à la charge du fidéjusseur ; le créancier est donc libre de précipiter ou de retarder l'exercice de son action. Mais lorsque la discussion a été demandée, le créancier devient responsable de sa négligence à poursuivre ; il doit donc se hâter, et ne pas laisser au *reus* le temps de devenir insolvable.

D'après la Novelle IV, les *argentarii* étaient privés du bénéfice de discussion, lorsqu'ils étaient fidéjusseurs ; mais ce bénéfice leur était opposable, lorsqu'ils se trouvaient créanciers. Mécontents d'une situation aussi défavorable, ils réclamèrent auprès de l'Empereur, demandant ou qu'on les autorisât à se prévaloir de ce bénéfice, ou qu'il fût défendu de l'invoquer contre eux. Justinien fit droit en partie à ces réclamations, en permettant aux *argentarii* d'exiger des fidéjusseurs au moment du contrat une renonciation au bénéfice de discussion. (Nov. CXXXVI, *De argent. contract*, cap. 1.)

CHAPITRE IV

Comment s'éteint la fidéjussion.

En sa qualité d'obligation *verbis*, la fidéjussion s'éteint directement par les mêmes modes que toute dette contractée par une stipulation. En sa qualité d'obligation accessoire, elle s'éteint par voie de conséquence, lorsque l'obligation principale vient à disparaître. Mais la libération du débiteur principal entraîne-t-elle toujours celle du fidéjusseur, et la libération du fidéjusseur n'entraîne-t-elle pas quelquefois celle du débiteur principal? Pour résoudre cette double question, nous allons passer rapidement en revue les divers faits juridiques qui, en droit romain, peuvent éteindre une obligation.

Ces faits juridiques se partagent en trois classes : Les uns opèrent toujours *ipso jure*, d'autres n'opèrent jamais que *per exceptionem*, d'autres enfin opèrent tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*. Examinons d'abord ceux dont l'effet extinctif se produit toujours *ipso jure*.

§ I. — Modes qui opèrent *ipso jure*.

Ce sont : 1^o le paiement ; 2^o la *datio in solutum* ; 3^o la novation ; 4^o l'*acceptilatio* ; 5^o la *dotis dictio* ; 6^o l'*expensilatio* ; 7^o le *mutuus dissensus* ; 8^o la perte de la chose due ;

9° le concours de deux causes lucratives ; 10° la *capitis deminutio* ; 11° la jacence d'une hérédité.

A propos des sept premiers modes d'extinction que nous venons d'énumérer, on peut dire d'une façon générale qu'ils entraînent toujours la disparition de l'obligation principale et de l'obligation accessoire, soit qu'ils se réalisent en la personne du *reus*, soit qu'ils se réalisent en la personne du fidéjusseur, soit même qu'ils se réalisent en la personne d'un tiers. Le paiement, la *datio in solutum*, la novation et l'*expensilatio* sont en effet possibles entre le créancier et un tiers, comme entre le créancier et le débiteur. Quelques observations sont cependant nécessaires sur la *datio in solutum*, l'*acceptilatio* et le *mutuus dissensus*.

Datio in solutum. — En matière de *datio in solutum*, le créancier évincé jouit, d'après le Digeste et le Code, d'une double action. Il peut agir contre l'auteur de la *datio* par l'action *utilis ex empto*, comme si la *datio* constituait une vente ; il peut aussi agir contre l'ancien débiteur par l'action que la *datio* avait pour but d'éteindre, comme si l'éviction rétablissait les choses dans leur état primitif. (24, pr., Dig., *De pignorat. act.*, lib. XIII, tit. 7 ; 46, Pr., et § 4, Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3 ; 8, Cod., *De sent. et interlocut. omn. jud.*, lib. VII, tit. 45 ; 17, Cod., *De solut.*, lib. VIII, tit. 43.) Supposons donc une obligation garantie par un fidéjusseur, une *datio in solutum* faite au créancier et une éviction subie par celui-ci. Exerce-t-il l'action *utilis ex empto*, il ne peut agir que contre l'auteur de la *datio* et l'obligation principale et la fidéjussion restent éteintes. Choisit-il au contraire l'autre recours, l'obligation principale et la fidéjussion revivent, et le créancier rentre dans les droits qu'il avait contre le *reus* et le fidéjusseur.

Acceptilatio. — Toujours possible entre le créancier et le fidéjusseur, l'*acceptilatio* ne l'est entre le créancier et le

reus que dans le cas où l'obligation principale est née *verbis*. Mais, faite au fidéjusseur, elle profite au *reus* quel que soit le fait juridique qui ait donné naissance à l'obligation de celui-ci.

Cependant les jurisconsultes romains nous citent trois hypothèses, où, par exception, l'*acceptilatio* faite au fidéjusseur ne libère pas le débiteur principal. Ce résultat se produit d'abord en matière de legs conditionnel. L'héritier débiteur d'un tel legs doit fournir la *cautio legatorum*, qui consiste en une promesse solennelle accompagnée d'une fidéjussion. Si, *pendente conditione*, une *acceptilatio* est faite au fidéjusseur et qu'ensuite la condition se réalise, le fidéjusseur est libéré, mais l'héritier reste tenu de l'acquittement du legs. (43, § 8, Dig., *De accept.* lib. XLVI, tit. 4.) Cette décision se justifie par ce motif que la condition accomplie ne rétroagit pas dans les legs, contrairement à ce qui a lieu en matière de contrat. (42, pr., Dig., *De oblig. et act.*, lib. XLIV, tit. 7.) L'obligation de l'héritier ne prend donc naissance qu'après l'*acceptilatio*, et non... *reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio ejus est, liberari potuit*. (43, § 9, Dig., *de accept.*, lib. XLVI, tit. 4.)

La seconde hypothèse se présente à propos d'une dette future. Le créancier a stipulé du fidéjusseur en ces termes : *Quod Titio credidero, fide tua esse jubes*? Il lui fait ensuite *acceptilatio*, et plus tard il prête de l'argent à Titius. Ce dernier ne peut pas se prévaloir de l'*acceptilatio*, toujours pour cette raison qu'une *acceptilatio* ne saurait éteindre une obligation qui lui est postérieure. (43, § 9, Dig., *De accept.* lib. XLVI, tit. 4.)

Enfin, l'*acceptilatio* faite au fidéjusseur ne profite pas au *reus* dans l'hypothèse suivante, empruntée à Gaius. Un fidéjusseur s'est engagé sous la condition *si navis ex Asia venerit*, et, en outre, avec cette clause que son obligation s'éteindrait à sa mort sans passer à ses héritiers. *Pendente conditione*, une *acceptilatio* lui est consentie par le créan-

cier; puis il meurt avant que le navire revienne d'Asie. Le créancier peut aussitôt poursuivre le débiteur principal, sans que l'*acceptilatio* lui soit opposable. (72, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.) C'est que, dans l'espèce, il n'y a en réalité aucune *acceptilatio*, car le fidéjusseur n'a jamais été obligé. Au fond, il s'est engagé sous ces deux conditions jointes, que le navire reviendrait d'Asie, et qu'au retour du navire il serait encore vivant. La défaillance de l'une de ces conditions suffit pour empêcher la fidéjussion de naître et l'*acceptilatio* d'être valable : *nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promiserit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio exstiterit.* (77, Dig., *De reg. jur.*, lib. I, tit. 47.)

Mutuus dissensus. — Le *mutuus dissensus*, appelé aussi *contrarius consensus*, ne dissout que les obligations nées d'un contrat consensuel, et lorsque ce contrat n'a pas encore reçu de commencement d'exécution, *rebus adhuc integris*. Directement, ce mode d'extinction ne s'applique donc jamais à l'obligation du fidéjusseur, et rarement à l'obligation principale. Mais, lorsqu'il entraîne la libération du *reus*, il entraîne toujours comme conséquence la libération du fidéjusseur.

Perte de la chose due. — Ce mode d'extinction n'atteint que les obligations qui ont pour objet un corps certain. La perte de la chose due, arrivée *sine facto et ante moram debitoris*, libère le *reus* et le fidéjusseur. Arrivée *facto aut post moram debitoris*, elle laisse au contraire subsister l'obligation principale et la fidéjussion. Enfin, lorsqu'elle arrive *facto aut post moram fidejussoris*, le débiteur principal est libéré, mais le fidéjusseur reste tenu. (58, § 1, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4 ; 88, Dig., *De verb. oblig.*, lib. XLV, tit. 4.)

Concours de deux causes lucratives. — Il faut supposer

que le débiteur principal s'est obligé à titre gratuit, et de plus que son obligation porte sur un corps certain. Dans ces conditions, si le créancier vient à acquérir d'un tiers, également à titre gratuit, l'objet dû par le débiteur principal, celui-ci est libéré, et par suite le fidéjusseur l'est aussi. C'est une conséquence de cette règle formulée par Julien : *Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.* (17, Dig., *De oblig. et act.*, lib. XLIV, tit. 7.)

Capitis deminutio. — Ce fait libératoire présente ce caractère qu'il n'anéantit pas l'obligation en elle-même, mais qu'il supprime le débiteur. En principe, l'obligation existe toujours, seulement l'action du créancier ne peut plus atteindre le *capite minutus*, et ne peut atteindre personne à sa place.

Puisque c'est le débiteur et non la dette qui disparaît, il en résulte que le fidéjusseur du *capite minutus* reste tenu. On pourrait objecter que, pour la validité d'une fidéjussion, il faut que l'obligation principale grève le patrimoine d'une personne déterminée. Oui, lorsqu'il s'agit de réaliser une fidéjussion; ainsi, il est impossible de garantir à titre de fidéjusseur la dette d'un homme qui est actuellement *capite minutus*. Mais quand le fidéjusseur s'est obligé, il reste obligé alors même que la dette par lui garantie cesserait d'être à la charge d'un patrimoine déterminé. Le créancier d'un *capite minutus* conserve donc son action contre le fidéjusseur. Celui-ci, au contraire, a perdu tout recours contre le débiteur principal, car le *capite minutus* est soustrait à toutes les obligations qui ont leur source dans un contrat ou un quasi-contrat. (20, Cod., *De fid. et mand.*, lib. VIII, tit. 44; 47 pr., Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4; 49, Dig., *De duob. reis constit.*, lib. XLV, tit. 2.)

Si ce résultat paraît fort injuste, il ne l'est qu'en théorie;

dans la pratique, les choses se passent d'une manière bien plus équitable. Le *reus* subit-il une *minima capitis diminutio*, le prêteur restitue à titre utile toutes les actions qui existaient contre lui. (2, § 1, Dig., *De cap. min.*, lib. iv, tit. 5.) Le créancier aura donc l'action utile née de sa créance, et le fidéjusseur un recours par l'action *mandati utilis*. Le *reus* subit-il une *maxima capitis deminutio*, cette *deminutio* est toujours accompagnée d'une condamnation criminelle qui lui enlève tous ses biens au profit d'un particulier ou du fisc, et ce particulier ou le fisc sont tenus des dettes du *capite minutus* jusqu'à concurrence de l'actif qu'ils recueillent. Si le débiteur principal disparaît, son patrimoine reste du moins soumis aux poursuites du créancier et au recours du fidéjusseur. (2, pr., et 7, § 2, Dig., *De cap. min.*, lib. iv, tit. 5 ; 44, Dig., *De jur. fisc.*, lib. xlix, tit. 44.) Enfin, le *reus* subit-il une *media capitis deminutio* ? Suivant qu'elle est ou non accompagnée d'une condamnation criminelle, les choses se passent comme dans le cas d'une *deminutio maxima* ou *minima*. Certains textes semblent, il est vrai, repousser toute *restitutio in integrum* dans le cas d'une *media capitis deminutio*. Mais ces textes statuent *de eo quod plerumque fit* ; une *media capitis deminutio* sans condamnation criminelle est extrêmement rare. (2, pr., et 7, § 3, Dig., *De cap. min.*, lib. iv, tit. 5.)

La *capitis deminutio* du fidéjusseur n'entraîne jamais non plus la libération du débiteur principal. Quant au créancier, il aura une action *ex stipulatu* utile contre le fidéjusseur *capite minutus*, si celui-ci n'a pas subi de condamnation criminelle. Dans le cas contraire, il exercera son action *ex stipulatu* contre les acquéreurs du patrimoine du fidéjusseur jusqu'à concurrence de l'actif par eux recueilli.

Jacence d'une hérédité. — Comme la *capitis deminutio*, la jacence d'une hérédité laisse subsister l'obligation ; l'obligé seul disparaît. Cet événement n'atteint pas la fidéjussion, lorsqu'elle a été contractée à l'occasion d'une dette hérédi-

taire avant la mort du *de cujus*; cette fidéjussion reste valable, malgré la renonciation de tous les héritiers. Mais il faut supposer que le fidéjusseur va garantir une dette faisant partie d'une hérédité actuellement jacente. L'obligation du fidéjusseur est valable en vertu de la règle : *hereditas personæ vice fungitur*. Toutefois, cette règle ne produit ses effets que sous la condition qu'un héritier fera adition dans la suite. Si l'hérédité est répudiée par tous les appelés, sa personnalité s'évanouit et avec elle la fidéjussion. (22, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

§ II. — *Modes qui opèrent per exceptionem.*

Les modes d'extinction qui opèrent toujours *per exceptionem*, sont : 1° le pacte de constitut; 2° le *legatum liberationis*; 3° la compensation; 4° le serment; 5° l'*in integrum restitutio*; 6° la défaillance de la condition; 7° la condition résolutoire accomplie; 8° le terme extinctif.

Pacte de constitut. — Ce pacte équivaut tantôt à une *expromissio*, tantôt à une fidéjussion, tantôt à une *adstipulatio*. Evidemment ce n'est que lorsqu'il équivaut à une *expromissio* qu'il devient un mode d'extinction des obligations. Dans ce cas, il libère le débiteur principal et le fidéjusseur, sans distinguer s'il émane du *reus*, du fidéjusseur ou d'un tiers.

Legatum liberationis. — Lorsque ce legs est fait par le créancier au débiteur principal, il profite au fidéjusseur, et celui-ci pourra opposer l'exception de dol aux poursuites de l'héritier ou l'attaquer par la *condictio ex testamento*, pour obtenir de lui sa libération. (3, pr., Dig., *De liberat.*

leg. lib., xxxiv, tit. 3; 49, pr., *Dig.*, *De fid. et mand.*, lib. xvi, tit. 1.) Par exception, le fidéjusseur ne profitera pas du legs, si telle est la volonté du testateur ou s'il n'a pas de recours contre le *reus*, c'est-à-dire s'il s'est obligé *in rem suam*, *donandi animo*, ou *invito reo*. Quand le legs est fait par le créancier au fidéjusseur, il ne profite pas au débiteur principal, à moins que le testateur n'ait exprimé une volonté contraire, ou à moins que le fidéjusseur ne soit obligé *in rem suam*. Dans ce dernier cas, en effet, celui-ci joue au fond le rôle de débiteur principal, et le *reus* n'est en réalité qu'un obligé accessoire.

Le *legatum liberationis* doit-il profiter au *reus* et au fidéjusseur? Chacun d'eux peut exiger que l'héritier le libère par une *acceptilatio*. Doit-il, au contraire, ne profiter qu'à l'un deux? Le bénéficiaire du legs ne peut exiger qu'un pacte *de non petendo in personam*, car un pacte *de non petendo in rem*, ou une *acceptilatio* auraient pour conséquence de libérer aussi l'autre obligé.

Le *legatum liberationis* émane quelquefois d'un tiers. Dans ce cas, le légataire jouit toujours de la *condictio ex testamento* contre l'héritier, mais il ne peut plus opposer l'exception de dol au créancier.

Compensation. — Le fidéjusseur peut invoquer la compensation du chef du débiteur principal aussi bien que de son propre chef. Mais le débiteur principal ne peut pas invoquer la compensation du chef du fidéjusseur. (4 et 5, *Dig.*, *De compens.*, lib. xvi, tit. 2.)

D'après deux textes de Paul, on devrait placer la compensation au nombre des modes d'extinction opérant *ipso jure*. (4 et 24, *Dig.*, *De compens.*, lib. xvi, tit. 2.) Cependant, il est bien certain que les Romains n'ont jamais connu ce que nous appelons la compensation légale et que chez eux cette circonstance, que deux personnes se trouvaient réciproquement

débitrices l'une de l'autre, n'éteignait par elle-même aucune des deux dettes. L'expression *ipso jure* qu'on trouve dans ces deux textes, a peut-être été ajoutée par Justinien, et s'y trouve avec le même sens que dans la constitution 4. (Cod., *De compens.*, lib. iv, tit. 31.) Elle signifie que le juge peut désormais prononcer la compensation en vertu de son pouvoir de juge, sans qu'elle ait été réclamée par les parties.

Serment. — Le serment prêté par le débiteur principal profite au fidéjusseur, lorsqu'il porte sur l'existence de l'obligation principale; mais il ne lui profite plus, lorsqu'il ne porte que sur certaines circonstances qui ont accompagné la naissance de l'obligation. Le serment prêté par le fidéjusseur profite également au *reus*, s'il porte sur l'obligation qui leur est commune, mais non s'il ne porte que sur l'existence de la fidéjussion. (42, pr., et § 4, Dig. *De jurejur.*, lib. xii, tit. 2.)

In integrum restitutio. — Lorsque le fidéjusseur se fait restituer contre son engagement, il est évident que cette restitution ne libère pas le débiteur principal. Mais lorsque celui-ci obtiendra la *restitutio in integrum*, le fidéjusseur sera-t-il admis à s'en prévaloir? Il y a ici une distinction à faire. Le fidéjusseur s'est-il engagé pour garantir le créancier contre l'insolvabilité du *reus*, il profitera de la *restitutio*. S'est-il engagé pour garantir le créancier contre les risques de cette *restitutio*, il ne pourra pas l'invoquer. (13, pr., Dig., *De minor. vigint. ann.*, lib. iv, tit. 4.)

Défaillance de la condition, condition résolutoire accomplie, terme extinctif. — Quand l'un de ces trois modes vient à mettre fin à l'obligation principale, l'obligation du fidéjusseur s'éteint également, autrement il y aurait fidéjussion contractée *in duriores causam*. L'extinction de la fidéjussion par ces mêmes modes, laisse subsister l'obligation principale, car le fidéjusseur peut s'engager *in leviores causam*.

§ III. — *Modes qui opèrent, tantôt ipso jure tantôt exceptionis ope.*

Ces modes sont : 1^o le pacte *de non petendo* ; 2^o la *litis contestatio* ; 3^o la *res judicata* ; 4^o la transaction ; 5^o la confusion ; 6^o le temps.

Pacte de non petendo. — Ce pacte opère *ipso jure*, quand il porte sur l'obligation qui résulte des actions *furti et injuriarum*, ou sur une obligation naturelle ; dans tous les autres cas, il opère *exceptionis ope*. Il est dit, *in rem*, si, dans l'intention des parties, il doit profiter à tous les obligés indistinctement, et *in personam*, s'il ne doit profiter qu'au débiteur à qui il est accordé. Il en résulte que le fidéjusseur jouira ou ne jouira pas de l'exception *pacti conventi*, suivant que le pacte consenti au débiteur principal est *in rem* ou *in personam*. (21, § 5, Dig., *De pact.*, lib. 11, tit. 14.)

Une action paralysée par l'exception *pacti conventi*, peut recouvrer toute son énergie en vertu d'un pacte ultérieur. (27, § 2, Dig., *De pact.*, lib. 11, tit. 14.)

Ce principe n'offre pas de difficulté quand le créancier n'a en face de lui qu'un seul obligé. Mais s'il y a un débiteur principal et un fidéjusseur, le débiteur principal à qui le créancier a consenti un pacte *de non petendo in rem*, peut-il en enlever le bénéfice au fidéjusseur par un autre pacte *ut peteretur* ? Cette question fit naître une controverse entre les jurisconsultes romains. Paul se prononce affirmativement, tandis que *Furius Anthianus* décide que l'exception *pacti conventi* ne peut plus être enlevée au fidéjusseur. (27, § 2, et 62, Dig., *De pact.*, lib. 11, tit. 14.) L'opinion de *Furius Anthianus* est plus conforme à la règle générale qui permet au fidéjusseur d'invo-

quer, même *invito reo*, les exceptions qu'il a acquises du chef de ce dernier. (15, pr., et 32, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.)

Lorsque le pacte *de non petendo* est fait au fidéjusseur, il n'y a pas à distinguer s'il est *in rem* ou *in personam*; le *reus* ne jouit jamais de l'exception *pacti conventi*. Cependant, si, en consentant le pacte au fidéjusseur, le créancier a eu la volonté de libérer aussi le *reus*, celui-ci aura alors non l'exception *pacti*, mais l'exception de dol. (25, § 2, et 26, Dig., *De pact.*, lib. II, tit. 14.) De plus, comme dans la *fidejussio in rem suam* les rôles sont renversés, c'est-à-dire que le fidéjusseur est le principal intéressé, et que le *reus* n'est qu'une caution, le pacte *de non petendo* accordé à un fidéjusseur *in rem suam* donne l'exception *pacti conventi* au débiteur principal. (24, Dig., *De pact.*, lib. II, tit. 14.)

Litis contestatio. — Elle opère *ipso jure* dans les *judicia legitima*, et *per exceptionem* dans les *judicia imperio continentia*. Elle éteint à la fois l'obligation principale et l'obligation accessoire, sans distinguer si l'instance a été engagée contre le *reus* ou contre le fidéjusseur.

Cet effet de la *litis contestatio* nous est indiqué par le Fr. 60. (Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 1.) Dans ce texte, Scævola nous dit que le fidéjusseur est libéré *jure aut exceptione, cum vero genere novationis transeat obligatio*. Ce *genus novationis*, dont l'effet se produit *jure aut exceptione* ne peut être que la *litis contestatio*. Et, ce qui confirme cette interprétation, c'est que les *Fragmenta Vaticana* comparent la *litis contestatio* à la novation : *inchoatis litibus actiones novavit*. (Fragm. Vatic., § 263.)

Les conséquences de la *litis contestatio* étaient souvent contraires à l'équité; elles ne s'accordaient guère avec cette règle de Paul, que celui qui agit en justice améliore sa condition. (86 et 87, Dig., *De reg. jur.*, lib. I, tit. 17.) Aussi Jus-

tinien décida-t-il avec raison que les poursuites dirigées contre un débiteur ne libéraient plus ses coobligés, et que le créancier pourrait successivement agir contre le *reus* et chacun des fidéjusseurs jusqu'à paiement intégral. (28, Cod., *De fid. et mand.*, lib. VIII, tit. 41.) La *litis contestatio* cessa d'être désormais un mode d'extinction des obligations.

Res judicata. — Comme la *litis contestatio*, la *res judicata* produit ses effets *ipso jure*, si le *judicium* est *legitimum*, et *per exceptionem*, s'il est *imperio continens*. La chose jugée vis-à-vis du débiteur principal profite au fidéjusseur, de même que la chose jugée vis-à-vis de celui-ci profite au débiteur principal : *Res judicata secundum alterutrum eorum, utrique proficeret.* (42, § 3, Dig., *De jurejur.*, lib. XII, tit. 2.)

On comprend que le débiteur principal puisse avoir intérêt à se prévaloir de la *res judicata secundum fidejussorem*. Si le fidéjusseur poursuivi est absous et que néanmoins il veuille exercer son recours contre le *reus*, celui-ci lui répondra en invoquant l'exception *rei judicatæ*. Mais comment comprendre qu'un fidéjusseur ait intérêt à invoquer la *res judicata secundum reum*, puisque cette *res judicata* suppose une *litis contestatio*, et que la *litis contestatio* a déjà libéré le fidéjusseur?

Cet intérêt existe dans l'hypothèse suivante : Une personne se prétend créancière naturelle d'un esclave qui lui a fourni un fidéjusseur, et créancière *de peculio* du maître. Elle agit d'abord contre le maître qui est absous, puis elle veut agir contre le fidéjusseur. Celui-ci ne pourra se défendre qu'en opposant l'exception *rei judicatæ*. Le même intérêt existe encore dans l'hypothèse beaucoup plus fréquente d'une *fidejussio indemnitis*. En poursuivant le débiteur principal, le créancier n'épuise pas son droit contre le *fidejussor indemnitis*. Ce

dernier ne pourra donc se prévaloir de l'absolution du *reus* qu'au moyen de l'exception *rei judicatæ*.

Transaction. — L'effet extinctif de la transaction a lieu tantôt *ipso jure* et tantôt *exceptionis ope*, parce qu'elle se réalise, soit par une *acceptilatio*, soit par un pacte *de non petendo*.

Lorsqu'une transaction intervient entre le créancier et le débiteur principal, le fidéjusseur est libéré, quelle que soit la forme que la transaction ait revêtue. (68, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.) Lorsqu'elle intervient entre le créancier et le fidéjusseur, et qu'elle se réalise par une *acceptilatio*, le débiteur principal est également libéré; mais il reste tenu, si elle se réalise par un pacte *de non petendo*. Toutefois, la somme que le créancier a reçue du fidéjusseur pour consentir à la transaction diminue d'autant l'obligation du *reus* qui, dans cette mesure, jouira de l'exception *doli mali*. (15, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Le débiteur principal et le fidéjusseur peuvent transiger avec le créancier aussi longtemps qu'ils n'ont pas été poursuivis. Lorsque le créancier a agi contre le débiteur principal et conduit l'instance jusqu'à la *litis contestatio*, la transaction n'est plus possible de la part du fidéjusseur, puisque l'obligation accessoire est éteinte. Lorsque, au contraire, c'est contre le fidéjusseur que l'instance a été conduite jusqu'à la *litis contestatio*, le débiteur principal conserve le droit de transiger, car, s'il est libéré de l'action du créancier, il est toujours exposé au recours de l'obligé accessoire. Quant au défendeur, il peut transiger avec le créancier jusqu'à la *condemnatio*.

Supposons maintenant que le fidéjusseur ait été condamné. La transaction qui interviendrait entre le créancier et le débiteur principal serait-elle valable? Oui, répond Ulpien; elle anéantirait les conséquences de la chose jugée à l'égard du *reus* et à l'égard du fidéjusseur. En serait-il de même de la

transaction qui interviendrait entre le créancier et le fidéjusseur condamné? Non, dit cette fois Ulpien; cette transaction ne supprimerait pas l'action *judicati*, elle en diminuerait seulement l'étendue de tout ce que le fidéjusseur aurait payé pour l'obtenir. (7, § 4, Dig., *De transact.*, lib. II, tit. 45.) Cette solution est conforme à cette décision générale de Paul, qu'on ne peut transiger sur les actions qui aboutissent à une condamnation au double *adversus inficientes*. L'action *judicati* compte, en effet, parmi celles *quæ inficiatione duplantur*. (*Pauli Sent.*, lib. I, tit. 49, §§ 4 et 2.)

Confusion. — On entend par confusion la réunion en la même personne de deux qualités incompatibles. En notre matière, la confusion peut se produire de quatre façons : par la réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur principal, par la réunion des qualités de créancier et de fidéjusseur, par la réunion des qualités de débiteur principal et de fidéjusseur, et, enfin, par la réunion des qualités de fidéjusseur et de cofidéjusseur.

I. — Lorsque les qualités de créancier et de débiteur principal viennent à se réunir, l'obligation principale et l'obligation accessoire disparaissent à la fois dans la mesure où la confusion s'opère. Il y a extinction pour le tout, si la confusion a lieu pour le tout, et pour partie, si elle n'a lieu que pour partie; et cela sans distinguer si le créancier a succédé au débiteur principal, ou celui-ci au créancier, ou un tiers à l'un et à l'autre. (21, § 3, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Titius, débiteur d'un legs conditionnel, a fourni un fidéjusseur au légataire, puis il meurt; le légataire devient son héritier et la condition du legs se réalise. Le fidéjusseur est-il tenu? Non, répond Marcellus, *quia nec reus est pro quo debeat, sed nec res ulla quæ possit deberi. Nec reus est pro quo debeat*; en effet, la confusion a fait disparaître l'obliga-

tion principale et cette disparition entraîne celle de l'obligation du fidéjusseur. Le second motif donné par le jurisconsulte, *nec ulla res quæ possit deberi*, est une conséquence du premier ; du moment qu'il n'y a plus de dette il ne peut plus y avoir d'objet dû. (38, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Un débiteur dont la dette est garantie par une fidéjussion, laisse pour héritiers le créancier et le fidéjusseur. Vis-à-vis du créancier, l'obligation est éteinte pour moitié, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de sa part dans la succession, et dans cette mesure, le fidéjusseur est libéré. Papinien assimile ici la confusion au paiement : *Obligatio ratione confusionis intercidit, aut, quod verius est, solutionis potestate*. Cette proposition, assez exacte dans l'espèce, deviendrait tout à fait fausse si la confusion se produisait par la réunion des qualités de créancier et de débiteur accessoire. Pour l'autre moitié, le fidéjusseur reste tenu. Toutefois, une seconde confusion se produit en sa personne ; en devenant héritier du *reus*, il se trouve à la fois débiteur principal et débiteur accessoire. Dans ce cas, l'obligation la plus forte absorbe l'autre, et comme, aux yeux de Papinien, l'obligation principale est la plus forte, *obligatio, salva est non fidejussoria, sed hereditaria*. (50, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Un fils de famille est institué héritier par son créancier, et il fait addition *jussu patris*. Le fidéjusseur qui garantissait la dette du fils sera-t-il obligé envers le père ? Julien répond négativement, en disant que toutes les fois que le *reus satisfaciendi* succède au *reus accipiendi*, les fidéjusseurs sont libérés, *quia pro eodem apud eundem debere non possent*. Il n'y a plus de fidéjussion lorsque le créancier et le débiteur principal ne forment qu'une seule et même personne. (34, § 8, Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3.)

Ce texte de Julien soulève une difficulté. Ulpien déclare que toute hérédité que nous recueillons par une personne pla-

cée sous notre puissance, nous est acquise directement, sans reposer un seul instant de raison sur la tête de cette personne. Cette règle semble inconciliable avec la décision de Julien. L'hérédité, en effet, passant directement au père, le fils n'a jamais été héritier, et, par conséquent, la confusion ne s'est pas produite. Cette contradiction cesse, si l'on donne à la règle d'Ulpien sa véritable portée. Cette règle signifie simplement que le père de famille, acquérant une hérédité par une personne placée sous sa puissance, en acquiert à la fois l'actif et le passif. A tous les autres points de vue, l'hérédité est considérée comme reposant sur la tête de l'*alieni juris*. (79, Dig., *De acquir. vel omitt. hered.*, lib. xxix, tit. 2.)

II. — La confusion se produit par la réunion des qualités de créancier et de fidéjusseur. La fidéjussion est alors éteinte, mais l'obligation principale subsiste; telle est la solution d'Africain. Malheureusement, Africain donne de sa solution un motif difficile à comprendre: *Argumentum rei, quod si possessio rerum debitoris data sit creditori, æque dicendum est fidejussorem manere obligatum*. Après avoir déclaré la fidéjussion éteinte, il cite un cas où le fidéjusseur reste obligé, alors que le *reus* est en quelque sorte libéré. Peut-être le raisonnement d'Africain doit-il se formuler ainsi: Il n'est pas plus surprenant de voir l'obligation principale survivre à la fidéjussion lorsque le fidéjusseur succède au créancier, que de voir la fidéjussion survivre à l'obligation principale, lorsque le créancier est envoyé en possession des biens du *reus*. (24, § 3, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvj, tit. 4.)

Le fidéjusseur qui succède au créancier ne peut-il pas dire qu'il s'est en quelque sorte payé lui-même, et qu'il a l'action *mandati* contre le *reus*? Africain répond qu'ici la confusion n'équivaut pas à un paiement, et que le fidéjusseur devra se contenter contre le *reus*, de l'action du créancier dont il a hérité. (21, § 5, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvj, tit. 4.) Ce-

pendant, un autre jurisconsulte semble donner, dans une hypothèse analogue, une solution contraire. Un fidéjusseur poursuivi par le créancier a été condamné, puis il devient héritier du créancier ; Pomponius lui donne contre le débiteur principal l'action *mandati*. (44, Dig., *Mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.)

Cette antinomie n'est qu'apparente. Il y a dans l'hypothèse du Fr. 44 cette circonstance qui n'existe pas dans celle du Fr. 25, § 5, c'est que le *reus* ayant été libéré par la *litis contestatio*, le fidéjusseur condamné avait le droit d'exercer son recours contre lui, avant que la succession du créancier se fût ouverte à son profit. Dans le Fr. 25, § 5, il s'agit donc de savoir si le fait de succéder au créancier donnera au fidéjusseur le droit qu'il n'a pas encore, d'exercer l'action *mandati* ; dans le Fr. 44, il s'agit, au contraire, de savoir si ce même fait enlèvera au fidéjusseur le droit qu'il possède déjà, d'exercer l'action *mandati*. Les deux questions que se posent les jurisconsultes étant différentes, il n'est pas étonnant que leurs solutions respectives le soient aussi.

III. — La confusion se produit par la réunion des qualités de débiteur principal et de fidéjusseur. Ses effets sont les mêmes, soit qu'elle se réalise en la personne du fidéjusseur, soit qu'elle se réalise en la personne du *reus*. La règle est que l'obligation principale absorbe l'obligation accessoire. (93, §§ 2, 3, Dig., *De solut.*, lib. xlvii, tit. 3.)

Un fidéjusseur jouit, contre le créancier, d'une exception que le *reus* ne pourrait pas invoquer, et il devient héritier du *reus*. La confusion lui enlève le droit d'user de son exception, car elle a éteint la fidéjussion, et, avec elle, tous les moyens de défense qui lui étaient propres. (14, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvii, tit. 4.)

Un créancier a reçu d'un fidéjusseur un certificateur de caution, puis le débiteur principal hérite du *fidejussor prin-*

cipalis. L'extinction de la *fidejussio principalis* entraîne la libération du certificateur. Si le fidéjusseur avait fourni au créancier des sûretés réelles, ces sûretés survivraient, au contraire, à la confusion. Cette différence résulte d'un principe particulier à l'hypothèque. Les droits hypothécaires ne s'éteignent qu'autant qu'il y a eu paiement ou satisfaction agréée par le créancier. (38, § 5, Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3; 43, § 4, Dig., *De pign. et hyp.*, lib. XX, tit. 1; 9, § 3, Dig., *De pigner. act.*, lib. XIII, tit. 7.)

A la règle que la fidéjussion est absorbée par l'obligation principale, il faut apporter un tempérament; la fidéjussion survit à la confusion lorsqu'elle garantit une obligation naturelle. Un esclave ayant emprunté de l'argent, a été ensuite affranchi; obligé naturellement par suite de son emprunt, il donne au créancier un fidéjusseur dont il devient plus tard l'héritier. Africain décide que l'esclave est désormais tenu *ex causa fidejussionis*, et qu'il reste en même temps tenu de son obligation naturelle. Les deux dettes subsisteraient également en la personne du fidéjusseur si celui-ci avait succédé à l'esclave. La confusion ne produit donc, ici, aucun effet extinctif. (21, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Africain indique un intérêt pratique à considérer l'obligation naturelle comme toujours existante. Si l'obligation résultant de la fidéjussion vient à disparaître, par exemple, parce que le créancier a commis dans ses poursuites une *plus petitio*, et que, néanmoins, il ait reçu le paiement de l'héritier, ce paiement est valable et ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*. Africain veut ensuite justifier sa solution, mais il donne un motif inexact. A cette objection qu'une obligation principale et une obligation accessoire ne peuvent pas coexister en la même personne, il répond que cette impossibilité n'a lieu que lorsqu'elles sont l'une et l'autre civiles. Or, rien ne s'oppose à ce que deux obligations civiles coexistent simultanément, et ce fait se produit quand deux qualités de même

ordre se réunissent sur la même tête. (21, § 2, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Peut-être le tempérament apporté à notre règle n'est-il pas assez large, et devons-nous dire qu'en cas de réunion des qualités de débiteur principal et de fidéjusseur, la fidéjussion survit toutes les fois que le créancier y a intérêt. Cette proposition semble résulter d'un texte de Papinien. Le débiteur principal a succédé à son fidéjusseur, mais il est insolvable et ses biens sont l'objet d'une *venditio bonorum*. Le créancier peut-il demander la séparation des biens composant l'hérédité du fidéjusseur, de ceux composant le patrimoine du débiteur principal, et se faire payer sur les premiers à l'exclusion des créanciers personnels de celui-ci? Papinien se prononce pour l'affirmative. Il est vrai que la confusion ayant éteint la fidéjussion, le créancier ne devrait plus pouvoir se prétendre créancier de l'hérédité du fidéjusseur. Mais il ne faut pas que la confusion nuise à celui qui veille à ses intérêts : *Neque enim ratio juris quæ causam fidejussionis propter principalem obligationem, quæ major fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.* (3, pr., Dig., *De separat.*, lib. XLII, tit. 6.)

Cependant, la solution du Fr. 38, § 5 (Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3) contredit le principe qu'on pourrait tirer du texte de Papinien. Si la réunion des qualités de débiteur principal et de *fidejussor principalis* libère le certificateur de caution, il n'est plus exact de dire que la fidéjussion survit à la confusion lorsque le créancier y a intérêt. Toutefois, la manière dont Africain présente cette solution (*rectius existimari ait*) paraît indiquer que la question était discutée, et que d'autres jurisconsultes la tranchaient, comme Papinien, en faveur du créancier. Alors il ne serait pas trop téméraire de soutenir que l'obligation principale n'absorbe l'obligation accessoire qu'autant qu'il n'en résulte pour le créancier aucun préjudice.

IV.— Enfin, la confusion se produit par la réunion de deux qualités de même ordre ; par exemple, lorsqu'un fidéjusseur succède à son cofidéjusseur. Comme les deux obligations sont égales, aucune d'elles n'absorbe l'autre et elles continuent à exister toutes deux. (5, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.) Le fidéjusseur héritier est donc tenu à la fois en vertu de son obligation personnelle et *ex causa hereditaria*. Le créancier peut le poursuivre, à son choix, au nom de l'une ou de l'autre de ces deux obligations. (21, § 4, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Le créancier a un double intérêt à ce que les deux obligations coexistent. D'abord il est possible que l'un des fidéjusseurs ait une exception dont ne jouisse pas son cofidéjusseur ; le créancier y échappera en agissant en vertu de l'obligation à laquelle l'exception n'était pas attachée. En second lieu, si l'un des fidéjusseurs a fourni un certificateur de caution, ce certificateur n'est pas libéré, puisque la *fidejussio principalis* n'est pas éteinte.

V. — Nous avons placé la confusion parmi les causes d'extinction qui opèrent, tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*. En effet, il résulte d'un texte de Julien (44, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4) qu'elle opère quelquefois *per exceptionem*, puisque, dans l'hypothèse de ce texte, le créancier, voulant se prévaloir de la confusion, ne peut le faire que par une *replicatio infactum* ou *doli mali*. Or, les moyens de défense dont l'effet se produit *ipso jure*, n'ont pas besoin d'être insérés dans la formule. D'autre part, plusieurs jurisconsultes considèrent la confusion comme un fait libératoire *ipso jure* : Terentius Clemens, Papinien et Paul l'assimilent à un paiement¹ et Modestin la compare à une *acceptilatio*. (21, § 4, Dig., *De liberat. leg.*, lib. XXXIV, tit. 3; 95, § 2, Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3; 74, pr., Dig., *De fid. et*

mand., lib. XLVI, tit. 4; 75, Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3.)

Ces deux manières opposées d'envisager la confusion s'expliquent. Terentius Clemens, Papinien, Paul et Modestin se placent tous dans l'hypothèse où le créancier succède au débiteur, ou réciproquement, c'est-à-dire dans l'hypothèse où les deux qualités réunies sont contradictoires. Il y a alors impossibilité matérielle à considérer la dette comme existante, et la confusion équivaut à un mode d'extinction *ipso jure*. Julien suppose, au contraire, que le débiteur principal succède au fidéjusseur, c'est-à-dire que les deux qualités réunies sont de même nature mais inégales. Il n'y a plus alors impossibilité matérielle à les considérer, l'une et l'autre, comme existantes; seulement, comme cette prétention serait quelquefois contraire à l'équité, elle peut être repoussée par une exception. Les effets de la confusion pourraient donc se résumer ainsi : Les deux qualités réunies sont-elles contradictoires, elles se détruisent réciproquement et la confusion opère *ipso jure*; sont-elles de même nature et inégales, l'une absorbe en général l'autre, et la confusion n'opère que *per exceptionem*. Enfin, les deux qualités sont-elles égales, elles subsistent côte à côte, et la confusion n'a aucun effet extinctif.

Temps. — A l'époque classique, ce fait libératoire ne s'applique jamais directement à l'obligation du fidéjusseur, parce qu'elle engendre une action perpétuelle. Mais il peut se faire que le débiteur principal soit tenu d'une obligation n'engendrant qu'une action temporaire, qui sera le plus souvent annale. Dans ce cas, quand le *reus* est libéré *tempore*, le fidéjusseur l'est également. (38, § 4, Dig., *De solution.*, lib. XLVI, tit. 3.)

Depuis une constitution de Théodose le Jeune, de l'an 424, les actions perpétuelles sont devenues des actions trentenaires. L'obligation du fidéjusseur s'éteint donc désormais par le

délai de trente ans, aussi bien que celle du *reus*, lorsqu'elle n'est pas temporaire. Le fidéjusseur profite de la prescription accomplie au profit du débiteur principal. (3, Cod., *De præscript. trig. vel quadr. ann.*, lib. VII, tit. 39.)

Le temps a toujours été, au contraire, un fait libératoire très important en matière de *sponsio* et de *fidepromissio*, puisque l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor* s'éteignait par le délai fort court de deux années. En outre, la *sponsio* et la *fidepromissio* étaient exposées à une cause d'extinction qui n'existe pas pour la fidéjussion : la mort de l'*adpromissor*. (Gaii, Comm., lib. III, §§ 120 et 121.)

CHAPITRE V.

Recours du fidéjusseur contre le débiteur principal.

Les voies de recours du fidéjusseur se divisent en deux classes, celles qui résultent pour lui du bénéfice de cession d'actions, et celles qui lui sont accordées directement par la loi. Nous ne nous occuperons ici que de ces dernières.

Le fidéjusseur, qui exerce les actions du créancier, peut agir contre le débiteur principal et contre ses cofidéjusseurs. S'il n'exerce que les actions qu'il tient directement de la loi, il ne peut agir que contre le débiteur principal : *Ut fidejussor ad-*

versus cofidejussorem suum agat, danda actio non est. (39, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvī, tit. 4.) A ce point de vue, la législation romaine s'était montrée plus favorable aux autres *adpromissores*. Une loi *Apulcia* avait établi de plein droit une société entre les *sponsores* et les *fidepromissores*, en sorte que chacun avait contre les autres l'action *pro socio*. (Gaii, Comm., lib. iii, § 122.)

Le recours accordé par la loi au fidéjusseur ne s'exerce donc que contre le *reus*. Le principe de ce recours est posé par Gaius en ces termes : *In eo quoque par omnium causa est, quod, si quis pro reo solverit, ejus recipiendi causa habet cum eo mandati judicium.* Tout fidéjusseur, ou plutôt tout *adpromissor* qui a payé le créancier, jouit de l'action *mandati* contre le débiteur principal. (Gaii. Comm., lib. iii, § 127.) Ce texte soulève les trois questions suivantes : 1° Le fidéjusseur exerce-t-il toujours son recours par l'action *mandati*? 2° Le fidéjusseur n'a-t-il de recours que s'il a payé? 3° Le fidéjusseur qui a payé a-t-il toujours un recours?

I. — *Le fidéjusseur exerce-t-il toujours son recours par l'action mandati?* — Le plus souvent, il l'exerce ainsi; car c'est en général sur le mandat exprès ou tacite du débiteur principal qu'il s'est obligé. Cependant, il peut se présenter telle hypothèse où il est impossible de faire intervenir l'idée de mandat, par exemple, lorsqu'une personne cautionne l'obligation d'un absent. Dans ce cas, le fidéjusseur n'aura pas l'action *mandati*, mais l'action *negotiorum gestorum*, *nam mandati actio non potest competere, cum non intercesserit mandatum.* (20, § 4, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.)

Il y a un double intérêt à examiner si le fidéjusseur agit par l'une ou par l'autre de ces deux actions. En premier lieu, elles n'ont pas la même efficacité; par l'action *mandati*, le mandataire a droit à toutes les dépenses qu'il a faites à l'occa-

sion de l'exécution du mandat, tandis que par l'action *negotiorum gestorum*, le gérant d'affaires ne peut réclamer, parmi ses déboursés, que ceux qui ont été utiles au *dominus*. En second lieu, la responsabilité du mandataire et celle du gérant d'affaires n'étaient point la même à l'époque classique; l'un ne répondait que de son dol et de sa *culpa lata*, l'autre répondait même de sa *culpa levis*. (3 Mosaïc. et roman. leg. collat., tit. 40, cap. 2; 8, § 40, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.) Cependant Ulpien inclinait déjà à faire entrer la *culpa levis* dans la responsabilité du mandataire. (23, Dig., *De reg. jur.*, lib. I, tit. 47.) Une constitution de Dioclétien consacra cette extension, en sorte que notre second intérêt n'existe plus sous Justinien. (44 et 43, Cod. *mand. vel contr.*, lib. iv, tit. 35.)

Comme le fidéjusseur, le *fidepromissor* n'avait contre le débiteur principal que l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum*, suivant les cas. Mais le *sponsor* jouissait en outre d'une action *depensi* qui aboutissait à une condamnation au double, en cas d'*infinitio* du défendeur. (Gaii, Comm., lib. iii, § 127.) De plus, non remboursé dans les six mois, le *sponsor* pouvait employer directement contre le *reus* la voie d'exécution appelée *manus injectio pro judicato*. (Gaii, Comm., lib. iv, §§ 9, 22, 25.)

II. — *Le fidéjusseur n'a-t-il recours que s'il a payé?* — En général, c'est le paiement qui ouvre au fidéjusseur l'exercice de son recours. Cependant, celui-ci peut quelquefois agir contre le débiteur principal, sans qu'il y ait de sa part un paiement proprement dit. Ainsi, un fidéjusseur délègue au créancier un de ses propres débiteurs; il acquiert aussitôt le droit d'exercer l'action *mandati*, alors même que le débiteur délégué serait insolvable. La délégation n'est pas un paiement, mais elle produit les mêmes effets : *Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur*. (48, Dig., *De fid. et mand.*, lib. xlvii, tit. 1.)

Une personne ayant précisément pour débiteur le créancier envers qui un fidéjusseur est obligé, fait remise au créancier de sa dette envers elle, dans le but de gratifier le fidéjusseur. Bien que celui-ci n'ait rien déboursé, il n'en aura pas moins l'action *mandati* contre le débiteur principal ; *continuo aget fidejussor mandati. Nihil intersit*, dit le jurisconsulte, *utrum nummos solverit creditori, an eum liberaverit.* (26, § 3, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.)

En résumé, il faut dire, pour être exact, que le fidéjusseur a un recours contre le débiteur principal, toutes les fois qu'il libère ce dernier en s'imposant un sacrifice. Peu importe que ce sacrifice résulte d'un paiement ou d'une autre opération juridique, il suffit qu'il soit utile au débiteur principal. Dans les deux hypothèses que nous venons d'examiner, cette double condition est bien remplie. Le débiteur principal est libéré, et cette libération a coûté quelque chose au fidéjusseur : elle l'a privé, dans un cas, d'une créance, et dans l'autre, du bénéfice d'une donation.

Lorsque le fidéjusseur est poursuivi par le créancier et que l'instance a été conduite jusqu'à la *litis contestatio*, peut-il recourir aussitôt contre le *reus*, sous prétexte que ce dernier est désormais libéré? Non, car cette libération ne coûte rien au fidéjusseur. La *litis contestatio* ne porte par elle-même aucun préjudice au fidéjusseur, parce qu'elle n'implique pas le triomphe du demandeur ; il faut attendre la décision du juge. Mais, du moment que le fidéjusseur a été condamné, et avant même qu'il ait exécuté la condamnation, il rentre dans les conditions nécessaires à l'exercice de son recours. Il lui est permis de dire, en effet, qu'il a libéré le débiteur principal en s'imposant un sacrifice, puisque son patrimoine est maintenant grevé d'une dette égale au montant de sa condamnation. (38, § 4, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.)

Le fidéjusseur ne peut réclamer au débiteur principal que le montant de ses déboursés. Le sacrifice qu'il s'est imposé est

la mesure de son recours. Par conséquent, si le créancier lui a fait une *acceptilatio* gratuite, il n'aura pas de recours à exercer, bien que cette *acceptilatio* profite au débiteur principal.

A la règle que le fidéjusseur n'a de recours qu'autant que la libération du débiteur principal lui coûte quelque chose, nous devons apporter trois exceptions. Le fidéjusseur peut agir contre le *reus* sans avoir payé, et même avant d'avoir été condamné : 1° lorsqu'il a été ainsi convenu entre les parties ; 2° lorsque le *reus* dilapide son patrimoine ; 3° lorsque la dette est échue depuis longtemps. La première exception se comprend d'elle-même. Toutefois, une telle dérogation aux principes généraux doit être clairement exprimée. (10, Cod., *mand. vel contr.*, lib. iv, tit. 35.)

La seconde exception n'est pas non plus difficile à justifier. Lorsque le fidéjusseur voit le débiteur principal dissiper son patrimoine, il a juste sujet de craindre que son recours ne soit devenu inefficace, lorsqu'il paiera le créancier. D'autre part, il ne peut pas contraindre le créancier à hâter ses poursuites, puisque celui-ci est libre de ne tenir aucun compte d'un tel avis. En permettant au fidéjusseur d'agir immédiatement contre le débiteur principal, on lui donne ainsi un moyen d'échapper aux conséquences de l'insolvabilité future de ce dernier. (38, § 1, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4 ; 40, Cod., *mand. vel contr.*, lib. iv, tit. 35.)

Enfin, lorsque la dette est depuis longtemps exigible et que le débiteur principal ne se met pas en mesure de l'acquitter, c'est-à-dire, selon l'expression du jurisconsulte, *si diu in solutione reus cessavit*, le fidéjusseur a le droit d'agir contre lui, *ut liberetur*. Il ne faut pas que, par la négligence du débiteur principal, le fidéjusseur soit maintenu trop longtemps dans l'incertitude, en restant indéfiniment exposé aux poursuites du créancier. (38, § 1, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4 ; 40, Cod., *mand. vel contr.*, lib. iv, tit. 35.)

III. — *Le fidéjusseur qui a payé a-t-il toujours un recours ?* — Le plus souvent, le fidéjusseur qui désintéresse le créancier, jouit d'un recours contre le débiteur principal. Mais cette règle n'est pas absolue. Il y a des fidéjusseurs qui n'ont jamais de recours ; il y a aussi des fidéjusseurs qui, en principe, jouissent d'un recours, mais qui s'en trouvent privés par suite de circonstances accidentelles ; il y a enfin des fidéjusseurs dont le recours est temporairement suspendu.

Voyons d'abord quels fidéjusseurs n'ont jamais de recours. Ce sont ceux qui s'obligent *in rem suam*, *donandi animo* ou *invito reo*. Le bon sens indique suffisamment que le fidéjusseur obligé *in rem suam* doit être privé de tout recours, car il est en réalité le principal intéressé, et c'est sur lui que doit retomber en définitive le fardeau de la dette. On comprend très bien aussi qu'il en soit de même du fidéjusseur obligé *donandi animo*. Toute donation suppose un sacrifice de la part du donateur, et si le fidéjusseur avait un recours contre le *reus*, il n'y aurait, au fond, aucun sacrifice de sa part. (9, § 3, Dig., *De S. C., Maced.*, lib. xiv, tit. 6; 6, § 2, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.)

A propos du fidéjusseur obligé *invito reo*, un texte de Paul nous apprend qu'il y eut controverse entre les jurisconsultes romains. Les uns lui accordaient une action *negotiorum gestorum* utile ; d'autres, et parmi eux Pomponius, Paul et Ulpien, lui refusaient toute espèce de recours. (40, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.) Cette dernière opinion fut consacrée par Justinien. Ce prince décida d'une manière générale que tout acte de gestion, réalisé *prohibente domino*, ne constituerait pas une véritable gestion d'affaires, et que le gérant n'aurait aucune action pour toutes les dépenses qu'il aurait faites depuis le moment où l'opposition du maître lui aurait été signifiée. Le fidéjusseur obligé *invito reo* doit donc être placé sur la même ligne que celui qui s'oblige *in rem suam*.

ou *donandi animo*. (24, Cod., *De negot. gest.*, lib. II, tit. 49.)

Il est des cas où un fidéjusseur est privé de recours par suite de circonstances accidentelles. Ces cas se présentent quand le fidéjusseur fait un paiement qui n'est pas libératoire pour le *reus*, ou quand il néglige sciemment d'invoquer un moyen de défense appartenant au *reus*, ou enfin quand il néglige d'invoquer une exception qui lui appartient en propre.

Voici deux hypothèses dans lesquelles le paiement fait par le fidéjusseur ne libère pas le *reus*. Le fidéjusseur paie le créancier avec des deniers qui ne lui appartiennent pas. Le créancier n'en devient pas propriétaire, et l'obligation du *reus* n'est pas éteinte tant que les deniers ne sont pas consommés. Dès lors, jusqu'à ce que cette consommation soit accomplie, le fidéjusseur n'a pas de recours contre le débiteur principal. Lorsque, au contraire, les deniers ont été consommés, le créancier n'a plus à craindre la revendication du vrai propriétaire ; la situation est la même que si le paiement avait été régulier, et le fidéjusseur pourra désormais agir contre le débiteur principal. (94, § 2, Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3.)

Le fidéjusseur paie le créancier avec des deniers qu'il avait volés. Comme dans l'hypothèse précédente, le créancier ne devient pas propriétaire des deniers, le *reus* n'est pas libéré et le fidéjusseur est privé de tout recours. Mais si celui-ci donne complète satisfaction au propriétaire, le créancier n'a plus rien à craindre, le paiement devient libératoire pour le *reus* et le fidéjusseur cesse d'être privé de son recours, alors même que les deniers ne seraient pas encore consommés. (94, § 2, Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3.)

Toute action en recours est également refusée au fidéjusseur qui néglige sciemment d'invoquer une exception appartenant au *reus*. Ainsi, le fidéjusseur sait que le *reus* jouit de l'exception *doli mali, pacti conventi* ou *non numeratæ pe-*

cuniæ, et néanmoins il paie la dette au créancier; ce paiement ne lui donnera pas l'action *mandati*, car il ne peut pas, par son fait, priver le débiteur principal d'un moyen de défense. Si le fidéjusseur a payé ignorant l'existence de l'exception, il aura, au contraire, l'action *mandati*. Il est vrai que le paiement n'a pas été utile au débiteur principal, mais celui-ci est en faute de n'avoir pas averti le fidéjusseur, et il doit supporter le préjudice qui résulte de cette faute. (29, pr., Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.)

Le débiteur principal a payé le créancier sans avertir le fidéjusseur qui paie une seconde fois, ou bien il était obligé par erreur, et le fidéjusseur, ignorant cette circonstance, a acquitté la dette. Dans les deux cas, celui-ci aura l'action *mandati*, car le débiteur principal est coupable de l'avoir laissé dans l'ignorance. Mais le fidéjusseur sera déchu de son recours s'il paie le créancier sans en avertir le *reus* qui fait, de son côté, un autre paiement. Toutefois, comme le débiteur principal jouit, dans ce cas, de la *condictio indebiti* et qu'il ne faut pas que la faute du fidéjusseur soit une source d'enrichissement pour le créancier, le fidéjusseur, résigné à la perte de son recours, sera autorisé à demander au *reus* la cession de sa *condictio indebiti*. (29, §§ 1, 2, 3, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.)

Le fidéjusseur qui a négligé sciemment d'invoquer une exception appartenant au *reus*, ne perd complètement son recours que s'il s'agit d'une exception péremptoire ou perpétuelle. Si elle n'était que dilatoire ou temporaire, l'exercice du recours serait seulement suspendu. (29, § 4, Dig., *mand. vel contr.*, lib. xvii, tit. 4.)

Il est possible qu'un fidéjusseur ait à la fois l'action *mandati* contre le débiteur principal et la *condictio indebiti* contre le créancier. Le débiteur principal s'est obligé par erreur, et le fidéjusseur, ignorant ce fait, paie le créancier. A-t-il payé au nom du *reus*, il aura l'action *mandati* et le *reus* la con-

dictio indebiti ; a-t-il payé en son propre nom, il jouira des deux actions. Mais il devra d'abord exercer la *condictio indebiti*, sauf à recourir ensuite contre le *reus*, s'il y a lieu. Toutefois, le *reus* pourrait accepter d'être poursuivi le premier et se faire céder par le fidéjusseur la *condictio indebiti* contre le créancier. Le caractère de bonne foi de l'action *mandati* permettrait au juge d'imposer cette cession au fidéjusseur. (47, Dig., *De condict. indeb.*, lib. XII, tit. 6.)

Qu'arrivera-t-il dans le cas où le fidéjusseur a invoqué une exception appartenant au débiteur principal, mais a été condamné *injuria judicis*? Il aura une action contre le juge, mais il n'aura pas de recours contre le *reus*, *quia injuriam quæ tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri, æquius est*. Il n'est pas en faute, le *reus* ne l'est pas non plus, et, toutes choses étant égales, on applique la règle: *Melior est causa possidentis*. (67, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.) A cette décision, une constitution de Dioclétien apporta ce tempérament : le fidéjusseur condamné *injuria judicis* ne sera pas déchu de son recours, lorsqu'il aura interjeté appel de la sentence inique. (10, Cod., *mand. vel contr.*, lib. IV, tit. 35.)

Un fidéjusseur peut encore perdre son recours quand il néglige d'invoquer une exception née en sa personne. Cette déchéance se produit lorsque l'exception est *rei cohærens*, car le débiteur principal avait le droit de s'en prévaloir, et il ne doit pas en être privé par le fait du fidéjusseur. Si l'exception est *personæ cohærens*, il n'y a plus déchéance, parce que le débiteur principal ne pouvait pas invoquer un tel moyen de défense, et il importe peu qu'il paie au créancier ou au fidéjusseur.

Enfin, il y a des cas où le recours accordé au fidéjusseur est temporairement suspendu. En général, ce recours peut être exercé dès qu'il est né, c'est-à-dire du jour du paiement ou de la condamnation. Le fidéjusseur condamné n'est pas même

obligé d'attendre l'expiration des trente jours accordés à tout défendeur, pour exécuter la sentence du juge. Cependant, toutes les fois qu'il néglige d'invoquer, du chef du débiteur principal, une exception dilatoire ou temporaire, son recours est suspendu aussi longtemps que le débiteur principal jouit du bénéfice de cette exception. Ainsi, le fidéjusseur a cautionné une dette à terme, et il paie le créancier *ante diem* ; il devra attendre que le terme soit expiré pour exercer l'action *mandati*. (31, Dig., *De fid. et mand.*, lib. XLVI, tit. 4.)

Lorsqu'un fidéjusseur paie le créancier alors que l'hérédité du *reus* est jacente, et qu'ensuite un héritier fasse addition, il doit suspendre quelque temps son recours contre cet héritier. Cette décision, empruntée à Paul, est un tempérament d'équité apporté à la rigueur du droit. Il ne faut pas prendre l'héritier à l'improviste, car on ne saurait exiger de lui qu'il vienne faire addition, un sac d'écus à la main : *Nec enim cum sacco adire debet*. (105, Dig., *De solut.*, lib. XLVI, tit. 3.)

DROIT FRANÇAIS

Des effets du cautionnement.

INTRODUCTION.

Le contrat de cautionnement a pour résultat de mettre la caution en rapport avec quatre classes de personnes : le créancier, le débiteur principal, un cofidélus, un tiers détenteur. Que la caution puisse se trouver en rapport avec le créancier, on le comprend sans peine, puisque celui-ci a le droit de la poursuivre directement et d'exiger d'elle la totalité de sa créance. Que la caution soit en rapport avec le débiteur principal, ce fait se présentera toutes les fois qu'elle aura payé le créancier, car, en sa qualité d'obligé accessoire et désintéressé,

elle a un recours contre le débiteur principal qui doit supporter en définitive le fardeau de la dette. La caution se trouve également en rapport avec un cofidėjusseur, lorsqu'elle a payé le créancier et que l'insolvabilité du débiteur rend inefficace son recours contre ce dernier. Toutes les cautions, en effet, qui garantissent une même obligation pour un même obligé, sont des débiteurs de même ordre; elles doivent toutes concourir à l'acquittement de l'obligation, et celle qui paie plus que sa part jouit d'un recours contre les autres. Enfin, la caution peut être en conflit avec un tiers détenteur. Ce cas se présente lorsque l'obligation principale est garantie par une caution personnelle et une caution réelle, c'est-à-dire par un fidėjusseur et une hypothèque consentie par un tiers sur un de ses immeubles. Ce cas se présente encore lorsque l'hypothèque a été constituée par le débiteur principal, et que l'immeuble hypothéqué a passé de ses mains dans celles d'un tiers acquéreur. Dans ces deux hypothèses, sur lesquelles la loi est à peu près muette, il y a lieu de se demander quels sont les droits respectifs du tiers détenteur et de la caution.

En face du créancier la caution est donc débitrice; en face du débiteur principal et d'un cofidėjusseur elle est donc créancière. Mais en face du créancier la caution n'est point dans la situation d'un débiteur ordinaire. Le cautionnement est un contrat de bienfaisance, et, par suite, le législateur accorde à la caution certaines faveurs destinées à la protéger contre un exercice trop rigoureux que le créancier pourrait faire de ses droits. Ces faveurs sont : le bénéfice de discussion, le bénéfice de division et la cause spéciale de libération de l'article 2037. En face du débiteur principal ou d'un cofidėjusseur, la caution n'est pas non plus dans la situation d'un créancier ordinaire. Comme elle rentre dans cette catégorie de personnes qui sont obligées *avec d'autres ou pour d'autres*, son recours est fortifié par le bénéfice de subrogation. Lorsque la caution se trouve vis-à-vis d'un tiers détenteur, c'est à l'interprète à déterminer si chacun d'eux jouit contre l'autre d'un recours di-

rect et si, ce recours étant admis, ils jouissent en outre du bénéfice de subrogation. Le silence presque complet du législateur sur cette question en fait la difficulté la plus grave de la matière du cautionnement.

Les rédacteurs du Code civil règlent dans trois sections, qui deviendront ici autant de chapitres, les effets du cautionnement entre la caution et le créancier (Art. 2024-2027), entre la caution et le débiteur principal (Art. 2028-2032), et entre les cofidėjusseurs (Art. 2033). Nous suivrons leur méthode en la complétant par un quatrième chapitre consacré à l'étude des effets du cautionnement entre la caution et le tiers détenteur.

CHAPITRE I^{er}.

Des effets du cautionnement entre le créancier et la caution.

(Art. 2024-2027, 2029, 2037)

Les trois bénéfices que le droit romain a successivement accordés aux fidėjusseurs, ont été maintenus et consacrés par notre Code civil en faveur des cautions. Toutefois, sous la rubrique de notre chapitre, le législateur ne s'occupe que des bénéfices de discussion et de division. Nous y joindrons néan-

moins l'examen du bénéfice de subrogation, car, si les effets de ce bénéfice ne concernent pas exclusivement les rapports du créancier et de la caution, c'est bien entre eux qu'il produit ses conséquences les plus importantes. Nous étudierons par conséquent dans trois sections le bénéfice de discussion, puis le bénéfice de division, et, enfin, celui de subrogation, qui n'est autre que le bénéfice de cession d'actions des jurisconsultes romains.

SECTION 1^{re}.

Du bénéfice de discussion.

(Art. 2021-22-23-24)

Comme le fidéjusseur du droit romain, la caution du droit français est tenue purement et simplement envers le créancier. A l'échéance de la dette, elle peut être actionnée comme pourrait l'être le débiteur principal et sans aucune formalité préalable.

Toutefois, comme la caution s'est obligée le plus souvent dans l'intérêt d'autrui, le paiement fait par elle au créancier n'est qu'une avance pour le compte du débiteur principal, et que celui-ci doit lui rembourser. Il serait par conséquent plus simple que le créancier poursuivit d'abord le débiteur principal, toutes les fois du moins que cette poursuite ne risque pas de compromettre ses intérêts. On éviterait ainsi les lenteurs et les frais occasionnés par l'action récursoire de la caution. Tel est le motif pour lequel l'article 2021 accorde à cette dernière

le bénéfice de discussion. Grâce à ce bénéfice, la caution pourra se soustraire provisoirement à l'action du créancier, en le renvoyant contre le débiteur principal, et diminue son obligation de tout ce que le créancier obtiendra de celui-ci. La caution évite par là de faire l'avance d'une partie de la dette, et même de la totalité de la dette, si le débiteur principal est complètement solvable.

Il est vrai que l'article 2011 et le début de l'article 2021 semblent contredire le caractère pur et simple de l'obligation de la caution. En prenant à la lettre les expressions de ces articles, on serait tenter d'assimiler notre contrat de cautionnement à la *fidejussio indemnitalis* des Romains, et de dire que la caution n'est obligée que sous cette condition : *que le débiteur principal ne puisse pas payer*. Cette opinion serait tout à fait contraire à la tradition historique; notre ancien droit considérait si bien la caution comme tenue purement et simplement envers le créancier, que certaines coutumes avaient laissé tomber en désuétude l'usage du bénéfice de discussion, et que d'autres l'admettaient avec une défaveur telle, que les commentateurs rangeaient ce bénéfice parmi les moyens de défense appelés : *de apicibus juris*. Les articles 2011 et 2021 ne contiennent qu'une allusion au bénéfice de discussion. Ce qui le prouve, c'est qu'après avoir dit : « la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, » l'article 2021 ajoute aussitôt : « qui doit être préalablement discuté dans ses biens. » En fait, la caution qui oblige le créancier à discuter le débiteur principal, ne satisfait à son obligation qu'autant que le débiteur n'y a pas satisfait lui-même. Les articles 2011 et 2021 expriment simplement ce résultat pratique du bénéfice de discussion, et n'ont pas pour but de modifier le caractère juridique de l'obligation de la caution.

En résumé, le créancier a le droit de poursuivre directement la caution sans apporter la preuve de l'insolvabilité, ni même

du retard du débiteur principal. La caution qui demande la discussion du débiteur, ne conteste pas la validité des poursuites dirigées contre elle; elle ne fait qu'user d'une exception dilatoire, dont elle ne profitera qu'à la condition de l'invoquer en temps opportun. (*Sic* : Ponsot, *Traité du cautionnement*, n° 33 ; Troplong, *Du cautionnement*, n°s 234-232 ; Pont, *Du cautionnement*, n° 154 ; Aubry et Rau, tome iv, § 426, note 6 ; *Vide* : Bordeaux, 18 août 1841.)

§ 1^{er}. — *Quelles cautions peuvent invoquer le bénéfice de discussion (Art. 2021) ?*

La jouissance de ce bénéfice est la règle ; en principe, toute caution peut demander la discussion du débiteur. Il y a cependant certaines catégories de cautions auxquelles ce bénéfice est refusé. Ce sont :

1^o *Les cautions qui y ont renoncé (Art. 2021).* — Après avoir établi le bénéfice de discussion, Justinien reconnut formellement aux fidéjusseurs la faculté d'y renoncer. Les clauses de renonciation se généralisèrent tellement dans notre ancien droit, qu'elles devinrent et sont encore aujourd'hui de style dans les actes qui constatent un cautionnement. Aussi, dans la pratique, le bénéfice de discussion est d'un usage excessivement restreint.

Les renonciations au bénéfice de discussion sont expressees ou tacites. Expressees, elles ne soulèvent pas de difficulté. Lorsque, au contraire, il s'agit de savoir s'il y a renonciation tacite, on peut se trouver en face d'interprétations de volonté très délicates, à propos desquelles on ne saurait donner de règles précises, et qui dépendent uniquement des circonstances (*Vide* : Cass., 16 mars 1852);

2° *Les cautions qui s'engagent solidairement avec le débiteur* (Art. 2021). — La clause de solidarité est aussi usitée que celle de renonciation. Elle a surtout pour but d'enlever à la caution l'exercice des bénéfices de discussion et de division ;

3° *Les cautions judiciaires* (Art. 2042). — Notre ancienne jurisprudence refusait le bénéfice de discussion aux cautions judiciaires. L'article 2042 a reproduit cette disposition ;

4° *Les certificateurs des cautions judiciaires* (Art. 2043). — On discutait dans notre ancien droit la question de savoir si le certificateur d'une caution judiciaire jouissait du bénéfice de discussion. L'article 2043 a tranché la difficulté contre le certificateur ;

5° *Les donneurs d'aval* (Art. 442, C. Comm.). — L'aval est le cautionnement d'une lettre de change. Le Code de commerce assimile le donneur d'aval à une caution solidaire, ce qui entraîne pour lui la perte du bénéfice de discussion.

On se demande si ce bénéfice existe en matière commerciale. La personne qui garantit les obligations résultant d'une opération commerciale, peut-elle invoquer l'article 2021 ? Lorsque cette personne est un non-commerçant, tous les auteurs sont d'accord pour lui conserver le droit de demander la discussion du débiteur. Mais la question soulève plus de difficultés quand le cautionnement émane d'un commerçant. Certains jurisconsultes soutiennent qu'alors la caution ne jouit pas du bénéfice de discussion. Ils font remarquer que le paiement d'une lettre de change est au premier chef un acte commercial, et que, si les donneurs d'aval ne peuvent pas renvoyer le porteur à discuter les signataires qu'ils ont cautionnés, c'est que l'article 2021 ne s'applique pas entre commerçants. Ils ajoutent que le bénéfice de discussion entraîne des lenteurs dont ne s'accommode-

rait pas la célérité des affaires commerciales, et qu'il y a moins de raison de se montrer favorable au fidéjusseur commerçant qui est presque toujours payé, qu'au fidéjusseur civil qui ne l'est généralement pas.

Ces arguments ne nous paraissent pas convaincants. D'abord, l'article 142 du Code de commerce ne prouve rien, car si les donneurs d'aval sont privés du bénéfice de discussion, ce n'est pas parce qu'ils sont des cautions commerciales, mais parce qu'ils sont des cautions solidaires. La circonstance qu'en matière de commerce le cautionnement est ordinairement salarié ne prouve rien non plus, car la gratuité est de la nature et non de l'essence du cautionnement. Une caution civile qui se fait payer son engagement par le débiteur, n'en jouit pas moins du bénéfice de l'article 2024. Enfin, la rapidité qu'exige le commerce dans ses transactions, n'empêche pas que les commerçants ne soient régis par les dispositions du Code civil, toutes les fois que le Code de commerce n'y déroge pas. Or, ce dernier Code n'enlève nulle part, d'une façon générale aux commerçants, le droit d'invoquer notre article 2024 (*Sic* : Pont, 158; *Contra* : Troplong, 233; *Vide* : Cass., 4 mars 1851).

Le bénéfice de discussion appartient donc à toutes les cautions, sauf les cinq exceptions que nous avons énumérées plus haut. Il appartient non seulement à une caution contre le créancier, mais encore à un fidéjusseur contre son cofidéjusseur. Ainsi, une dette garantie par deux cautions est payée par l'une d'elles, et celle-ci agit directement contre l'autre sans user du recours que lui donne l'article 2028. Elle pourra se voir opposer l'article 2024 et obligée d'exercer préalablement son action contre le débiteur principal.

Une caution qui jouit en droit du bénéfice de discussion, s'en trouve quelquefois privée par suite d'une circonstance accidentelle. Par exemple, la caution ne saurait demander la discus-

sion du débiteur principal qui est d'une insolvabilité notoire, ou dont elle est devenue l'héritière. Il en est de même quand la caution d'un vendeur intente une action en revendication contre l'acquéreur, qui lui oppose la règle : *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*. La caution ne peut pas se soustraire aux conséquences de cette règle en s'abritant derrière l'article 2024. L'exercice du bénéfice de discussion suppose que le débiteur est en état d'acquitter la dette; or, dans notre espèce, la caution est seule capable de faire cesser le trouble, en se désistant de sa demande. (*Sic* : Rouen, 22 juillet 1874.)

Si le créancier, devenu débiteur de la caution, est poursuivi par elle, peut-elle l'empêcher d'opposer la compensation en invoquant le bénéfice de discussion ? Sur cette question, les jurisconsultes sont divisés. Pour notre part, nous inclinons à résoudre la difficulté en faveur de la caution. La compensation n'a lieu, en effet, qu'autant que les deux dettes sont liquides et exigibles, c'est-à-dire qu'autant que le débiteur, à qui elle est opposée, ne pourrait pas se refuser à un paiement immédiat. Au contraire, la caution n'est point tenue de payer immédiatement le créancier, puisque l'article 2024 lui permet de repousser l'exigibilité de sa dette jusqu'après la discussion du débiteur principal. (*Sic* : Pont, 459 ; *Contra* : Troplong, 235.)

En résumé, les cautions légales jouissent toujours du bénéfice de discussion, tandis que les cautions judiciaires n'en jouissent jamais. Quant aux cautions conventionnelles, elles en sont à peu près toujours privées dans la pratique, par suite de l'emploi si fréquent des clauses de renonciation et de solidarité.

§ 2. — *A quel moment le bénéfice de discussion doit-il être invoqué (Art. 2022) ?*

L'article 2022 nous dit que la caution doit demander la discussion du débiteur *sur les premières poursuites dirigées contre elle*. Comment devons-nous interpréter cette disposition du Code civil ?

Dans notre ancienne jurisprudence, les uns permettaient à la caution d'invoquer le bénéfice de discussion en tout état de cause ; d'autres voulaient, au contraire, qu'elle l'invoquât *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute contestation en cause. L'article 2022 repousse évidemment le premier de ces deux systèmes, pour se rapprocher du second. Toutefois, si la caution doit se hâter de requérir la discussion du débiteur, il n'est pas absolument nécessaire qu'elle le fasse avant la contestation en cause. Le législateur ne reproduit pas cette expression de nos anciens auteurs, et les termes dont il se sert montrent que, dans sa pensée, le silence de la caution n'entraîne pas par lui-même la perte du bénéfice de discussion, mais seulement quand ce silence implique une renonciation tacite.

Une caution pourra donc requérir la discussion du débiteur, alors même qu'elle aura déjà fait valoir des moyens de défense au fond, si ces moyens se concilient avec l'intention de se prévaloir de l'article 2024. La caution, par exemple, a commencé par invoquer la nullité de son engagement, ou l'inexistence de l'obligation principale. Ces moyens de défense ayant échoué, elle a encore le droit de demander la discussion du débiteur. Il faut bien, en effet, pour qu'elle ait intérêt à invoquer l'article 2024, que l'existence de l'obligation principale et de l'obligation accessoire soit préalablement reconnue.

Mais la caution est déchue du bénéfice de discussion lorsque, ayant été condamnée en première instance, elle l'invoque pour la première fois en appel. Elle en est pareillement déchue, quand elle s'est laissée condamner par un jugement par défaut faute de conclure, ou qu'elle a laissé pratiquer une saisie sur ses biens, sans élever de réclamation. Dans toutes ces hypothèses, le silence de la caution ne s'explique que par une renonciation tacite au bénéfice de discussion. Ajoutons qu'il en serait encore de même, si la caution avait d'abord soutenu que le créancier lui demandait plus qu'elle ne devait. Elle aurait dû requérir en premier lieu la discussion du débiteur, sauf à contester ensuite le montant de son obligation, quand le créancier serait revenu contre elle. (*Sic* : Ponsot, 189-190; Troplong, 251-255; Pont, 169-170; Aubry et Rau, tome iv, § 426, note 7; Cass., 27 janv. 1835.)

Lorsque la caution a encouru la déchéance de l'article 2022 et que des acquisitions viennent ensuite grossir le patrimoine du débiteur, peut-elle demander la discussion des biens qui composent ces acquisitions nouvelles ? Autrefois, Pothier enseignait l'affirmative, et son opinion est acceptée aujourd'hui par la plupart des auteurs. Néanmoins, une telle solution nous paraît trop contraire au texte de l'article 2022. Le bénéfice de discussion est une dérogation au droit commun ; on ne peut donc pas interpréter trop largement les dispositions légales qui en règlent l'application. Puisque la discussion doit être demandée sur les premières poursuites, c'est que la caution n'a droit qu'à la discussion du patrimoine du débiteur, tel qu'il se trouve au moment de ces premières poursuites. (*Sic* : Ponsot, 191 ; *Contra* : Troplong, 256; Pont, 171; Aubry et Rau, tome iv, § 426, note 9.)

Ainsi, la caution doit demander la discussion du débiteur avant toute défense au fond, qui impliquerait de sa part une renonciation à ce bénéfice, et la déchéance qui résulte de l'article 2022 s'applique aux biens futurs comme aux biens présents du débiteur.

§ 3. — *A quelles conditions s'exerce le bénéfice de discussion (Art. 2023) ?*

La caution qui invoque le bénéfice de discussion a deux conditions à remplir : 1^o Elle doit indiquer au créancier des biens d'une discussion prompte et facile ; 2^o Elle doit faire l'avance des frais que nécessite la discussion. En droit romain, Justinien avait exigé une troisième condition : la présence du débiteur principal. Mais cette condition n'était déjà plus observée par notre ancienne jurisprudence, et le Code civil a eu raison de ne pas la reproduire, car les poursuites contre un débiteur absent n'offrent pas chez nous les mêmes difficultés qu'à Rome.

I. — La caution doit d'abord indiquer les biens que le créancier aura à discuter. Cette indication peut porter indifféremment sur les meubles ou les immeubles du débiteur principal; l'article 2023 ne formule aucune restriction quant à la nature des biens à désigner. Cet article laisse également à la caution la faculté d'indiquer une aussi petite quantité de biens qu'elle le jugera à propos, pourvu que l'indication soit sérieuse, c'est-à-dire comprenne un ensemble de biens dont la consistance mérite d'être discutée. La caution peut aller jusqu'à désigner tous les biens sans exception du débiteur principal, et elle le fera, si la fortune de celui-ci ne dépasse pas le montant de la dette. Dans ce cas, selon le langage de nos anciens auteurs, le créancier devra pousser la discussion *ad peram usque et sacculum*.

La désignation des biens doit être faite en une seule fois. Quand le créancier a discuté tous ceux qui lui ont été indiqués la caution n'a plus le droit d'en indiquer d'autres, alors même

que les biens que comprendrait cette nouvelle désignation auraient été acquis par le débiteur principal postérieurement à la première. Permettre même, en ce cas, à la caution de faire des indications successives, serait lui accorder le droit d'allonger indéfiniment les procédures, contrairement aux intérêts du créancier et aussi du débiteur principal. (*Sic* : Ponsot, 195; *Contra* : Troplong, 264; Pont, 479.)

Le législateur ne veut pas pousser la bienveillance envers la caution jusqu'à compromettre les droits légitimes du créancier. Voilà pourquoi il exige que les biens indiqués par la caution soient d'une discussion prompte et facile. L'article 2023 nous énumère quels sont les biens qui, aux yeux du législateur, ne présentent pas ce caractère, et dont, par conséquent, la caution ne peut pas faire l'indication au créancier. Ce sont :

1° *Les biens du débiteur principal situés hors du ressort de la Cour d'Appel du lieu où le paiement doit être fait.* — Cette disposition a été introduite par notre ancien droit. Elle se justifie par la crainte que la discussion de biens fort éloignés ne soit, pour le créancier, trop dispendieuse et trop embarrassante;

2° *Les biens litigieux.* — Rien n'est plus raisonnable que cette exclusion. On ne saurait, par indulgence pour la caution, mettre le créancier dans l'obligation de soutenir les procès fatigants et souvent interminables auxquels donnent lieu les biens litigieux. L'expression *biens litigieux* a, dans l'article 2023, un sens plus large que dans l'article 1700. Ainsi, en matière de bénéfice de discussion, on réputera litigieux les biens qui constituent la part indivise échue au débiteur principal dans une succession, ceux qui sont déjà l'objet d'une saisie, ou ceux grevés de charges qui en absorbent la valeur, telles que des hypothèques considérables ou des droits de résolution, quoiqu'il ne s'agisse pas ici de contestations sur le fond du droit.

Néanmoins, le créancier ne pourrait pas se refuser à discuter un bien, en alléguant simplement que la propriété en est douteuse ; il devrait apporter la preuve qu'il y a dans ce bien la source d'une contestation sérieuse ; (*Sic* : Ponsot, 196-198 ; Troplong, 266 ; Pont, 181 ; Aubry et Rau, tome iv, § 426, note 40.)

3° *Les biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.* — Cette disposition de l'article 2023 a été empruntée à notre ancienne jurisprudence ; elle fut cependant vivement attaquée lors de la rédaction du Code civil. L'action hypothécaire, disait-on, est foncière de sa nature, et, pour l'exercer, il n'importe quel est le propriétaire actuel de l'immeuble hypothéqué. Malgré ces critiques, la disposition fut maintenue. L'exercice du droit de suite entraîne une procédure très compliquée, telle qu'expropriation forcée, instance d'ordre, etc. En obligeant le créancier à discuter les immeubles hypothéqués à la dette, qui ne sont plus en la possession du débiteur, le législateur a craint de lui faire payer trop cher le bienfait du cautionnement.

Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux, solidairement obligés à la même dette, le fidéjusseur qui les a tous cautionnés a incontestablement le droit de désigner à l'action du créancier les biens de tous ces débiteurs. Mais faut-il donner la même solution dans le cas où le fidéjusseur n'a cautionné que l'un d'entre eux ? Pothier se prononçait pour l'affirmative, « car, disait-il, l'obligation de tous les débiteurs solidaires n'étant qu'une même obligation, le fidéjusseur qui a accédé à celle de l'un d'eux a accédé à celle de tous. » Cette raison, qui paraît victorieuse à beaucoup d'auteurs, manque cependant d'exactitude. L'article 2030 nous montre une différence entre le cas où une caution s'engage pour tous les débiteurs solidaires, et le cas où elle ne s'engage que pour un seul. Une seconde différence existe encore dans l'hypothèse où un débiteur solidaire obtient l'annulation de son obligation ; la caution qui

ne s'est engagée que pour celui-ci est libérée, tandis que celle qui s'est engagée pour tous reste tenue du chef des autres. De plus, l'opinion de Pothier est contraire au texte de l'article 2023, qui suppose toujours que les biens désignés par la caution font partie du patrimoine du débiteur cautionné. Le bénéfice de discussion est, en somme, de droit étroit ; on ne peut pas étendre le sens des textes qui le consacrent (*Sic* : Pont, 183; *Contra* : Ponsot, 200; Troplong, 270.)

II. — Après la désignation des biens à discuter, la caution doit avancer les deniers suffisants pour faire la discussion. Notre ancien droit n'exigeait cette avance que pour la discussion des immeubles. Mais l'article 2023 ne faisant aucune distinction, nous devons en conclure que l'avance des deniers doit avoir lieu pour la discussion des meubles comme pour celle des immeubles.

Cette obligation, imposée à la caution de faire l'avance des frais, a suscité des attaques très vives lors du vote de l'article 2023. Le cautionnement, faisait-on remarquer, est aussi bien dans l'intérêt du créancier que dans celui du débiteur principal. Pourquoi, dès lors, la caution serait-elle l'objet d'une défaveur aussi exceptionnelle ? Est-ce que celui qui doit garantie à un défendeur dans une instance judiciaire, est tenu d'avancer les frais qu'exigera la défense ? Que la caution rembourse au créancier les deniers qu'il aura déboursés pour discuter le débiteur, c'est justice ; mais l'obliger à en faire l'avance équivaut à lui enlever indirectement le bénéfice de discussion, en en rendant l'exercice trop onéreux. Néanmoins, cette exigence de l'article 2023 fut admise par la raison qui a presque toujours déterminé les décisions du législateur en notre matière : la crainte de compromettre les droits du créancier. La discussion du débiteur principal est toute dans l'intérêt de la caution, c'est donc à elle et non au créancier à avancer les deniers que nécessitera cette discussion.

D'après Pothier, l'offre d'avancer les frais ne devait point nécessairement accompagner la demande de la discussion du débiteur. « La caution, disait ce jurisconsulte, n'est tenue d'avancer les frais que si le créancier le requiert. » La rédaction de l'article 2023 repousse la doctrine de Pothier et suppose que les deux conditions exigées par cet article sont remplies en même temps. L'indication des biens à discuter et l'offre d'avancer les frais doivent donc être contenues dans le même acte. (*Sic* : Pont, 473 ; *Contra* : Troplong, 273.)

Le législateur a négligé de résoudre les difficultés qui peuvent naître à propos de la fixation et de la remise des avances. Dans le silence de la loi, il faut décider qu'en cas de désaccord des parties ces difficultés seront laissées à l'appréciation des tribunaux. Les juges fixeront le montant des avances et décideront si ces avances seront consignées ou remises entre les mains du créancier.

§ 4. — *Quels sont les effets du bénéfice de discussion*
(Art. 2024) ?

Un premier effet du bénéfice de discussion est de décharger la caution jusqu'à concurrence de la somme que le créancier a obtenue en discutant le débiteur. Si cette discussion a produit de quoi solder intégralement la dette, la caution est complètement libérée ; si elle n'a produit qu'une somme égale à une fraction de la dette, telle qu'une moitié ou un quart, la caution est libérée dans la mesure de la moitié ou du quart.

Une question d'imputation s'élève quand la caution n'a garanti qu'une partie de la dette et que la discussion du débiteur principal n'a pas suffi à désintéresser totalement le créancier. Par exemple, la dette est de 20,000 fr. ; la caution s'est engagée

jusqu'à concurrence de 10,000 fr., et la discussion des biens du débiteur n'a produit que 10,000 fr. La caution pourra-t-elle dire au créancier : « J'étais obligée envers vous pour la moitié de la dette ; la discussion a produit cette moitié, donc je suis maintenant libérée ? »

Notre ancienne jurisprudence tranchait la question en faveur de la caution. Un arrêt du Parlement de Paris du 3 août 1709 avait décidé que l'imputation devait se faire, d'abord sur la partie de la dette cautionnée, par cette raison que l'imputation doit toujours porter sur la dette la plus onéreuse. Au contraire, la jurisprudence actuelle se prononce en faveur du créancier ; elle commence par imputer le produit de la discussion sur la partie de la dette non cautionnée. Cette dernière solution nous paraît la plus raisonnable. Les règles de l'imputation ne sauraient être invoquées ici, car elles supposent plusieurs dettes distinctes, tandis que nous avons une dette unique qui n'a été cautionnée qu'en partie. De plus, notre ancienne jurisprudence ne tenait pas compte de l'intention des contractants. Que veut, en effet, le créancier qui reçoit un cautionnement partiel ? Prévoyant le cas où le débiteur principal serait hors d'état de payer toute la dette, il veut se ménager la ressource d'en réclamer le complément à la caution. Toutefois, il ne faut point donner à cette solution un caractère absolu. L'imputation devrait se faire d'après la doctrine du Parlement de Paris, si les parties l'avaient formellement déclaré, ou s'il résultait des circonstances qui ont accompagné le contrat, que telle a été leur volonté. (*Sic* : Ponsot, 345-346; Troplong, 247; Pont, 394 ; Aubry et Rau, tome iv, § 429, note 1 ; Cass., 12 janv. 1857.)

Un second effet du bénéfice de discussion consiste à rendre le créancier responsable vis-à-vis de la caution de l'insolvabilité du débiteur principal, survenue par défaut de poursuites (Art. 2024). Notre ancien droit, au contraire, laissait cette insolvabilité à la charge du fidéjusseur ; la coutume Bretagne

seule avait admis la disposition qu'a reproduite l'article 2024 du Code civil. Le bénéfice de discussion modifie donc profondément la position du créancier.

La responsabilité que l'article 2024 impose au créancier, suppose qu'il y a faute de sa part, c'est-à-dire que, par sa négligence à poursuivre le débiteur, il a laissé à celui-ci le temps de devenir insolvable. Mais si cette insolvabilité est arrivée avec une rapidité telle que le créancier n'ait pas pu agir, ou si elle remonte à une époque antérieure au jour où la discussion a été requise, l'article 2024 ne s'applique plus. Lors de la rédaction de cet article, un amendement fut proposé, qui faisait commencer la responsabilité du créancier trois mois après l'indication des biens et le versement des avances par la caution. Cet amendement ne fut pas maintenu, et c'est aux tribunaux à vérifier, dans chaque hypothèse, s'il y a une négligence à reprocher au créancier.

La responsabilité du créancier a pour mesure la valeur des biens que la caution lui a indiqués. Lorsque ces biens ne sont point hypothéqués à la dette, le créancier ne peut pas se soustraire aux conséquences de l'article 2024, en invoquant la disposition de l'article 2209. (*Sic* : Ponsot, 203-204 ; Troplong, 276-280 ; Pont, 485 ; Aubry et Rau, tome iv, § 426, note 13 ; Cass., 8 avril 1835.)

SECTION II.

Du bénéfice de division

(Art. 2025-26-27)

Quand plusieurs personnes se sont rendues cautions d'une

même dette pour un même débiteur, dans quelle mesure sont-elles obligées envers le créancier? L'article 2025 nous répond : « Elles sont obligées chacune à toute la dette. »

L'obligation contractée conjointement par plusieurs débiteurs principaux, se divise de plein droit entre eux par portions viriles, et il se forme autant de dettes distinctes qu'il y a de débiteurs. Au contraire, l'obligation garantie par plusieurs débiteurs accessoires ne se divise jamais entre eux, alors même qu'elle serait naturellement divisible et que les cautions se seraient engagées par le même acte. Cette différence, que le législateur établit entre les obligés principaux et les obligés accessoires, ne manqua pas d'être relevée par le Tribunal, lorsque l'article 2025 fut soumis à son examen. Plusieurs Tribuns firent remarquer qu'il était plus logique et plus conforme aux principes de notre droit de prononcer par le seul effet de la loi la division de la dette entre les cautions, et ils proposèrent d'amender dans ce sens le projet d'article qui leur était présenté. Mais la doctrine consacrée par l'article 2025 avait pour elle la tradition historique. Les fidéjusseurs à Rome et les cautions, dans notre ancien droit, avaient toujours été considérés comme tenus *in solidum* envers le créancier; et l'autorité de la législation romaine a d'autant plus de poids en cette matière, que les Romains avaient commencé par mettre en pratique la doctrine du Tribunal. En vertu de la loi *Furia*, la dette se divisait *ipso jure* entre les *sponsores* et les *fidepromissores*. Bien loin d'améliorer la situation des parties, cette loi *Furia* entraînait de tels inconvénients pour les *adpromissores*, aussi bien que pour le créancier, qu'elle contribua à faire préférer la fidéjussion aux autres formes de *l'adpromissio*. De plus, l'article 2025 n'est pas une dérogation aux principes généraux du Code civil; il est, au contraire, l'application de l'article 1221 5° : *L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée. . . . comme si elle était indivisible, lorsqu'il résulte. . . . de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a*

été que la dette ne pût s'acquitter partiellement (Art. 1220 et 1221 5°). Or, le créancier qui reçoit plusieurs cautions se propose évidemment d'avoir contre chacune d'elles tous les droits qu'il a contre le débiteur principal. Le système du Tribunal conduirait à ce résultat étrange que, plus il y aurait de cautions, plus il y aurait de chances de perte pour le créancier, tandis que celui-ci veut, en exigeant un plus grand nombre de cautions, augmenter ses sûretés et non les amoindrir.

L'article 2025 établit un certain lien solidaire entre les cautions. Quelle est la nature exacte de ce lien ? A notre avis, il ne s'agit ici que d'une solidarité imparfaite. La solidarité parfaite ne peut résulter que d'une convention expresse des parties ou d'une disposition formelle de la loi. Or, nous supposons que les parties n'ont rien dit à cet égard, et la loi se borne à déclarer que chaque caution est tenue à toute la dette. La simple circonstance que plusieurs personnes sont tenues *in solidum* de la même obligation, ne constitue par elle-même qu'une solidarité imparfaite. Il en résulte que la prescription, interrompue à l'égard d'une caution, ne l'est pas à l'égard des autres, et qu'une demande en justice ne fait courir les intérêts que contre la caution poursuivie. (*Sic* : Pont, 192 ; Aubry et Rau, tome iv, § 426, note 20 ; Angers, 1^{er} mai 1868 ; *Contra* : Troplong, 294.)

Comment faut-il entendre la solidarité de l'article 2025 dans l'hypothèse suivante : l'obligation principale a été contractée conjointement par plusieurs débiteurs, et plusieurs cautions viennent garantir cette obligation ? Chaque caution doit-elle *in solidum* la dette toute entière, ou ne doit-elle *in solidum* que la part de chaque débiteur principal ?

C'est cette dernière solution que nous devons admettre. Les cautions ont en réalité garanti autant de dettes distinctes qu'il y a de débiteurs conjoints. Chaque débiteur ne doit que sa part, donc chaque caution n'est tenue *in solidum* que dans la mesure de cette part, autrement elle serait obligée *in durio rem causam*,

contrairement à l'article 2013. La solidarité de l'article 2025 ne porte que sur chaque dette en particulier et non sur l'ensemble des dettes qu'une même caution a garanties envers un même créancier. (*Sic* : Ponsot, 207.)

A la situation rigoureuse faite à la caution par l'article 2025, le législateur apporte un tempérament ; il permet à la caution, dans certains cas, de se soustraire aux conséquences de la solidarité au moyen du bénéfice de division. Introduit par Hadrien et conservé par notre ancien droit, ce bénéfice a été consacré à nouveau par l'article 2026 du Code civil. Mais, de même que des différences profondes séparaient la division de la loi *Furia* de celle accordée par le rescrit d'Hadrien, de même des différences aussi profondes séparent la division de l'article 1220 de celle de l'article 2026 :

1° L'une opère de plein droit, l'autre n'est que l'effet d'une exception que la caution doit invoquer ;

2° La division de l'article 1220 a lieu entre tous les débiteurs conjoints, celle de l'article 2026 n'a lieu qu'entre les cautions solvables au moment où elle est demandée ;

3° La *condictio indebiti* est accordée au débiteur conjoint qui paie plus que sa part ; elle est refusée à la caution ;

4° L'insolvabilité d'un débiteur conjoint retombe sur le créancier ; celle d'une caution retombe sur les autres cautions.

§ 1^{er}. — *A qui appartient le bénéfice de division*
(Art. 2026) ?

Le bénéfice de division est établi d'une manière générale par l'article 2026, en sorte que nous avons à déterminer, non pas

les cautions à qui ce bénéfice appartient, mais celles à qui il est refusé.

Les cautions qui ne peuvent pas invoquer le bénéfice de division, sont :

1° *Celles qui y ont renoncé.* — Ce bénéfice est une faveur que la loi offre aux cautions, sans la leur imposer. Les renonciations peuvent avoir lieu, soit dans l'acte même du cautionnement, soit dans un acte séparé. Elles sont expresses ou tacites, et les difficultés que soulèvent les renonciations tacites restent soumises à l'appréciation des tribunaux. Les clauses de renonciation sont tellement fréquentes, que le bénéfice de division n'a guère plus d'importance pratique que le bénéfice de discussion ;

2° *Les cautions solidaires.* — La solidarité a précisément pour but d'empêcher la division de la dette contractée par plusieurs débiteurs. Les cautions qui s'obligent solidairement entre elles, perdent donc tout droit à invoquer l'article 2026. Nous avons déjà vu que les cautions solidaires ne jouissent pas non plus du bénéfice de discussion. Toutefois, la clause de solidarité n'entraîne point nécessairement la perte simultanée des deux bénéfices. Si les cautions s'engagent solidairement avec le débiteur principal, mais repoussent toute solidarité entre elles, elles ne perdent que le bénéfice de discussion. Si, à l'inverse, elles s'engagent solidairement entre elles, et repoussent toute solidarité avec le débiteur principal, elles ne perdent que le bénéfice de division. En cas de doute, les tribunaux apprécieront si les cautions ont entendu se priver des deux bénéfices, ou de l'un d'eux seulement ;

3° *Les donneurs d'aval.* — C'est la conséquence de l'article 142 du Code de commerce qui assimile le donneur d'aval à une caution solidaire.

Pothier refusait encore le bénéfice de division aux cautions judiciaires. Cette exception n'existe plus aujourd'hui ; l'article 2042 n'enlève aux cautions judiciaires que le bénéfice de discussion, et, dans le silence des textes, il faut appliquer le droit commun de l'article 2026. Les Romains refusaient encore le bénéfice de division à ceux qui avaient commencé par nier leur qualité de fidéjusseur. Cette déchéance n'a pas été non plus reproduite par le Code civil. (*Sic* : Ponsot, 209-214 ; Troplong, 300-303 ; Pont, 203-206.)

Quelle influence un paiement partiel exercera-t-il sur le bénéfice de division ? Sans doute, si une caution acquitte toute la dette ou paie plus que sa part, elle n'aura pas d'action contre le créancier ; l'article 2026 ne constitue pour elle qu'un moyen de défense et non un moyen d'attaque. Mais, dans le cas où elle aurait acquitté une partie de la dette et où le créancier lui réclamerait le surplus, il s'agit de savoir si elle ne pourrait demander la division que pour ce surplus, ou si elle pourrait imputer sur sa part ce qu'elle a déjà payé. Par exemple, une dette de 20,000 fr. est garantie par deux cautions ; l'une d'elles a payé 8,000 fr., et le créancier lui réclame le reste. N'a-t-elle droit à la division que pour les 12,000 fr. qui complètent la dette ? Elle devra encore 6,000 fr. au créancier. Peut-elle, au contraire, imputer sur sa part la somme qu'elle a payée ? Elle ne devra plus que 2,000 fr. A notre avis, la caution sera autorisée à faire cette imputation toutes les fois qu'elle prouvera que ses cofidéjusseurs sont solvables. C'était, en droit romain, l'opinion de Papinien et de Julien. (*Sic* : Ponsot, 225.)

§ 2. — *Contre qui le bénéfice de division peut-il être invoqué ?*

Une caution ne peut demander la division que contre un

cofidéjusseur qui réunit ces trois conditions : 1° Ce cofidéjusseur doit être obligé pour la même dette et pour le même débiteur ; 2° Il doit être valablement obligé ; 3° Il doit être solvable.

Il faut que le cofidéjusseur soit obligé à propos de la même dette et pour le même débiteur. Cette condition résulte de l'article 2025 dont l'article 2026 n'est que la continuation. Il s'ensuit qu'un *fidejussor principalis* ne peut pas demander la division contre son certificateur, ni le certificateur contre le *fidejussor principalis*; ils ne sont pas obligés *pro eodem debitore*.

Il s'ensuit encore que, lorsque plusieurs débiteurs solidaires ont fourni chacun de leur côté un fidéjusseur au créancier, ces fidéjusseurs ne peuvent pas demander la division de la dette les uns contre les autres. On a soutenu cependant le contraire, en disant que la caution qui accède à l'obligation d'un débiteur solidaire, accède en réalité à celle de tous. Ce raisonnement ne tient pas compte du texte des articles 2025-2026, qui n'accordent le bénéfice de division qu'entre cofidéjusseurs ayant promis *idem, pro eodem*. Nous savons, en outre, qu'il est faux d'assimiler le cautionnement spécial d'un débiteur solidaire au cautionnement général de tous les codébiteurs solidaires d'une même obligation. (*Sic* : Ponsot, 213 ; Pont, 209. *Contra* : Troplong, 306.)

Toutefois, la règle d'après laquelle la dette ne se divise qu'entre cofidéjusseurs obligés *pro eodem debitore*, ne s'applique qu'autant que la caution demande la division de son propre chef. Lorsque, au contraire, le bénéfice de l'article 2026 est invoqué du chef d'autrui, il faut bien que le fidéjusseur, au nom duquel la division est réclamée, se trouve dans les conditions exigées pour l'exercice de ce bénéfice ; mais il n'est plus nécessaire que celui qui demande la division et celui contre qui elle est demandée, soient obligés *pro eodem debitore*. Ainsi, un certificateur de caution a le droit de se prévaloir de l'arti-

cle 2026 contre les cofidėjusseurs du *fidejussor principalis*.

Il faut, en second lieu, que le cofidėjusseur contre qui l'article 2026 est invoqué, soit valablement obligé. La caution, dont l'engagement est radicalement nul, ne doit donc pas être comptée parmi celles entre qui la dette sera divisée. En serait-il de même si son engagement n'était frappé que d'une nullité relative? Quelques auteurs assimilent ce cas au précédent, mais à tort; car une obligation rescindable n'en existe pas moins en droit, jusqu'au jour où la rescision est prononcée. La caution sera donc comptée pour le calcul de la division, avec cette réserve que, si plus tard son engagement est annulé, sa part retombera à la charge des autres cautions. (*Sic* : Ponsot, 218; Pont, 208. *Contra* : Troplong, 314.)

Enfin, la division ne peut avoir lieu qu'entre fidėjusseurs solvables (Art. 2026). Pour apprécier la solvabilité d'une caution, il faut se placer au moment où est rendu le jugement qui prononce la division, et non au moment où la division est demandée. C'était la solution de Pothier, et c'est celle que l'article 2026 a adoptée. Pour savoir, en effet, sur qui doit retomber l'insolvabilité d'une caution, le législateur examine si cette insolvabilité est antérieure ou postérieure au temps où la caution, poursuivie par le créancier, a fait prononcer la division. Il est vrai que les jugements rétroagissent en général au jour de la demande; mais ils n'ont cet effet qu'autant qu'ils sont déclaratifs de droits préexistants. Le jugement qui divise la dette est, au contraire, attributif de droits nouveaux; il crée un état de choses qui n'existait pas, puisqu'il détruit le lien de solidarité de l'article 2025, pour transformer les cautions en simples débiteurs conjoints. Ce jugement n'a donc pas d'effet rétroactif. (*Sic* : Troplong, 309; Pont, 214; Aubry et Rau, tome iv, § 426 2°. *Contra* : Ponsot, 224.)

Les cautions notoirement-insolvables, telles qu'un failli ou

un *decoctus*, compteront néanmoins pour le calcul de la division, si elles ont un certificateur solvable. La caution qui demande la division n'a pas à démontrer la solvabilité de ses cofidélusseurs, c'est au créancier à donner les motifs qui le font douter de cette solvabilité. Les juges examineront ces motifs, et s'ils leur paraissent sérieux, ils ne tiendront pas compte de l'existence de la caution contestée.

Telles sont les trois conditions nécessaires pour que la division de la dette soit prononcée. Bien que l'article 2026 n'en exige aucune autre, elles ne paraissent pas cependant suffisantes à tous les auteurs.

Dans notre ancien droit, Pothier décidait que la division ne pouvait pas être demandée contre une caution qui demeurerait hors du royaume. Sans être aussi absolus, certains jurisconsultes refusent aujourd'hui le bénéfice de division contre une caution demeurant à l'étranger, lorsqu'elle ne possède pas de biens en France. La poursuite de cette caution, disent-ils, entraînerait trop d'inconvénients pour le créancier. Si raisonnable que paraisse cette décision, on ne saurait l'admettre, car elle équivaldrait à ajouter à l'article 2026 une disposition qui ne s'y trouve pas. (*Sic* : Pont, 214. *Contra* : Ponsot, 216; Troplong, 312.)

On a encore soutenu que le bénéfice de division ne pouvait avoir lieu qu'entre cautions obligées conjointement, c'est-à-dire par le même acte. Cette solution est encore moins admissible que la précédente; elle n'a pour elle ni le texte des articles 2025-2026, ni la tradition historique. L'article 2026 accorde le bénéfice de division aux cautions *d'un même débiteur pour une même dette*, d'après les termes de l'article 2025. Or, plusieurs cautions peuvent promettre *idem, pro eodem*, tout en s'engageant par des actes distincts et en des temps différents. De plus, le droit romain et notre ancien droit n'ont jamais distingué les cautions qui s'obligent conjointement de celles qui s'obligent successivement. (*Sic* : Ponsot, 214; Pont, 210.)

Dans le calcul de la division, les cautions obligées à terme ou sous condition comptent comme celles dont l'obligation est pure et simple, mais elles ne comptent que par provision, et le créancier ne pourra réclamer leur part qu'à l'arrivée du terme ou de la condition. Si, à cette époque, l'une d'elles se trouve insolvable, cette insolvabilité retombera sur les autres cautions. (*Sic* : Ponsot, 219; Pont, 210.)

Lorsque les cautions se sont engagées pour des quotités différentes, elles ne doivent compter dans les opérations de la division que proportionnellement à ces quotités. Ainsi, trois personnes ont garanti une dette de 35,000 fr., l'une pour la totalité, l'autre pour une moitié, et la dernière pour un quart. La division se fera en parties proportionnelles à 4, 2 et 1; l'une des cautions paiera 20,000 fr., la seconde 10,000 fr., et la troisième 5,000 fr.

§ 3. — *Quand le bénéfice de division doit-il être demandé?*

Une caution ne peut exiger la division de la dette, qu'autant qu'elle est poursuivie par le créancier; l'article 2026 ne lui donne qu'une exception, il ne lui accorde pas une action. La caution ne serait donc pas admise à prendre les devants et à réclamer au créancier sa libération, en offrant de payer divisément sa part, alors même que la dette serait échue depuis longtemps, et qu'il y aurait négligence de poursuivre du côté du créancier ou négligence de payer du côté du débiteur. Nous verrons, à propos de l'article 2032, que la caution a d'autres moyens pour échapper au danger d'une prolongation indéfinie de son obligation. (*Sic* : Ponsot, 223; Troplong, 299; Pont, 195.)

Supposons que des poursuites aient été intentées contre la

caution; à quel moment celle-ci devra-t-elle demander la division ? L'article 2026 ne nous dit rien à cet égard. Le législateur n'a pas reproduit ici la disposition de l'article 2022, concernant le bénéfice de discussion. Nous devons en conclure que le bénéfice de division peut être invoqué en tout état de cause et même en appel, comme une exception péremptoire. C'était du reste la solution du droit romain et de notre ancienne jurisprudence. (*Sic* : Ponsot, 220 ; Troplong, 295 ; Pont, 198-199 ; Aubry et Rau, tome iv, § 426, note 22.)

Le bénéfice de division peut être demandé, en cas de poursuites judiciaires, jusqu'à la condamnation ; en cas de poursuites extra-judiciaires, il peut l'être jusqu'à la distribution du prix des biens. Dans ce dernier cas, cependant, on a soutenu que la caution devait demander la division avant la vente de ses biens, par ce double motif qu'il ne faut pas jeter le créancier dans des longueurs de procédure indéfinies, et, qu'après la vente, la caution n'a plus intérêt à ce que la dette soit divisée. Mais la division demandée après la vente des biens n'est pas plus onéreuse que si elle eût été demandée avant, car les formalités de saisie et de vente sont les mêmes, pour obtenir de la caution le paiement de sa part, que pour obtenir d'elle le paiement de toute la dette. L'intérêt de la caution à la division de la dette existe toujours, puisque la division met désormais à la charge du créancier l'insolvabilité future des autres cautions. (*Sic* : Ponsot, 222 ; Troplong, 298 ; Pont, 201.)

Dans l'hypothèse où la caution négligeait de se prévaloir de l'article 2026, les juges ne peuvent pas prononcer d'eux-mêmes la division. Le bénéfice de l'article 2026 est du nombre de ces moyens de défense, que les tribunaux n'ont pas droit de suppléer d'office. (*Sic* : Troplong, 297 ; Pont, 196.)

§ 4. — *Quels sont les effets du bénéfice de division*
(art. 2026-2027) ?

Ces effets varient, suivant que la division a été prononcée par jugement sur la demande de la caution, ou qu'elle a été accordée spontanément par le créancier.

Voyons d'abord les effets de la division demandée par la caution ; c'est l'objet de la dernière partie de l'article 2026. Le jugement qui divise la dette détermine d'une façon définitive la part que chacune des cautions devra payer au créancier, et les libère complètement de tout le surplus de la dette. Le caractère de l'obligation qui résulte du cautionnement est profondément modifié ; le lien de solidarité imparfaite de l'article 2025 s'évanouit, et chaque caution cesse de répondre des insolvabilités des autres.

Il y a toutefois deux cas où la division prononcée par le juge n'est pas définitive. Le premier est celui où une caution déjà insolvable a été comptée à tort pour le calcul de la division. Le créancier a alors le droit de revenir contre les cofidés-jusseurs de cette caution. Le second cas se présente quand il se trouve des cautions obligées à terme ou sous condition. Le créancier doit attendre, pour leur réclamer leur part, que le terme soit arrivé ou la condition réalisée. Si, à ce moment, elles sont devenues insolvable ou si la condition défailloit, leur part retombe à la charge des autres cautions. Dans l'un et l'autre cas, la part de la caution insolvable, ou dont l'engagement se trouve résolu, se divise entre ses cofidés-jusseurs de la même manière que la dette elle-même.

Voyons maintenant les conséquences de la division accordée spontanément par le créancier ; elles sont réglées par l'article

2027. *Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, dit cet article, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables.* Le créancier qui ne demande à une caution que sa part dans la dette, est présumé renoncer à la solidarité que l'article 2025 établit entre les cofidėjusseurs.

Une contradiction semble exister entre l'article 2027 et l'article 1211. L'article 2027 voit une renonciation à la solidarité dans ce simple fait que le créancier a divisé son action. L'article 1211, au contraire, n'admet cette présomption de renonciation qu'à la double condition que le créancier ait divisé son action et que le débiteur ait acquiescé à la demande ou qu'il soit intervenu un jugement de condamnation. Cette contradiction disparaît, si l'on remarque que nos deux articles se placent, le premier dans un cas de solidarité imparfaite, le second dans l'hypothèse d'une solidarité parfaite. Il n'y a rien d'étonnant à ce que la renonciation à l'une se présume plus facilement que la renonciation à l'autre.

Mais l'article 2027 ne s'applique qu'autant qu'il s'agit de cautions qui jouissent du bénéfice de division. Si elles y avaient renoncé, ou si elles s'étaient engagées solidairement, le lien qui les unit se rapprocherait de la solidarité parfaite, et on appliquerait l'article 1211. Le créancier pourrait revenir sur la division par lui consentie, tant qu'il n'y aurait ni acquiescement ni jugement de condamnation. (*Sic* : Ponsot, 226 ; Troplong, 320 ; Pont, 219 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 426, note 23.)

Ainsi, quand la division est prononcée par un jugement, la solidarité entre cautions ne cesse que pour l'avenir, et le créancier ne supporte l'insolvabilité d'un fidėjusseur qu'autant qu'elle est postérieure à ce jugement. Encore faut-il excepter le cas où l'insolvabilité, quoique postérieure au jugement, a précédé l'arrivée du terme ou de la condition sous lesquels une caution a pu s'obliger.

La division de l'article 2027 a un effet plus absolu que celle de l'article 2026 ; elle est toujours définitive, tandis que celle-ci a quelquefois un caractère provisionnel. Le créancier qui divise spontanément son action prend à sa charge non seulement les insolvabilités des cautions qui surviendront dans la suite, mais encore celles qui existaient déjà auparavant. En un mot, tandis que la division demandée par la caution ne supprime la solidarité de l'article 2025 que dans l'avenir, la division de l'article 2027 la supprime même dans le passé. (*Sic* : Ponsot, 226; Troplong, 324 ; Pont, 222; Aubry et Rau, tom. iv, § 426, note 23.)

SECTION III.

Du bénéfice de subrogation.

(Art. 2029 et 2037.)

Le bénéfice de cession d'actions a été le premier adoucissement que la législation romaine ait apporté à la situation des fidéjusseurs. Recueilli par notre ancien droit et maintenu par le Code civil, il s'est perpétué sous un nom nouveau ; il s'appelle chez nous bénéfice de subrogation.

En principe, le paiement anéantit la créance avec tous ses accessoires. Mais, dans la pratique, cet effet extinctif ne se produit qu'autant que le paiement émane du véritable intéressé, c'est-à-dire de celui qui, en payant, ne gère que sa propre affaire. Lorsque, au contraire, un tiers paie dans l'intérêt d'autrui, il acquiert évidemment une action de mandat ou de

gestion d'affaires contre celui dont il acquitte la dette, et il acquiert aussi le plus souvent les droits, actions, privilèges, hypothèques, par qui cette dette était garantie; on dit alors plus simplement qu'il est subrogé aux droits du créancier.

Les jurisconsultes ne sont pas d'accord, lorsqu'ils veulent déterminer avec précision ce que la subrogation transmet au subrogé. D'après quelques auteurs, *la subrogation n'est que l'attribution conventionnelle ou légale des accessoires de l'ancienne créance éteinte par le paiement fait par un tiers, à une nouvelle créance née de ce paiement au profit de ce tiers*. D'après une doctrine qui est plus généralement adoptée, *la subrogation est une cession fictive, par suite de laquelle une créance, éteinte au moyen d'un paiement fait par un tiers, est regardée comme continuant d'exister au profit de ce tiers, qui pourra l'exercer, à l'effet de recouvrer par elle ce que lui a coûté la libération du débiteur*. Plus brièvement, la subrogation, selon les uns, ne fait que rattacher à une créance nouvelle les accessoires de la créance éteinte, tandis que, selon les autres, elle transmet, avec les accessoires de la créance, la créance elle-même. Ces deux systèmes aboutissent à cette différence pratique : le premier ne fait acquérir au subrogé que les prérogatives qui rendaient l'action du créancier plus efficace et plus sûre; le second fait acquérir en outre, au subrogé, les prérogatives qui, sans donner plus de force à l'action du créancier, la rendaient cependant plus facile et plus prompte, par exemple, la compétence du tribunal, le titre exécutoire, l'élection de domicile.

L'opinion qui considère la subrogation comme une sorte de cession de créance est celle qui rencontre le plus de partisans. Elle ne se heurte pas, comme l'opinion opposée, à la difficulté de justifier logiquement la survie de l'accessoire au principal, et elle a le mérite d'être conforme aux traditions que nous ont laissées le droit romain et notre ancienne jurisprudence. C'est, en effet, en s'appuyant sur cette idée que le créancier reçoit

moins un paiement que le prix de sa créance, que les jurisconsultes romains en arrivèrent à consacrer au profit des fidéjusseurs le bénéfice de cession d'actions. Cette même idée servit également à nos anciens jurisconsultes, pour expliquer la théorie de la subrogation. Le Code civil n'a point entendu changer la nature de cette institution juridique, puisqu'il reproduit dans l'article 1250 1^o la formule même par laquelle une Ordonnance de 1609 et Pothier lui-même en déterminaient les effets. Toutefois, s'il vaut mieux comparer la subrogation à une cession de créance, il faut bien se garder d'assimiler complètement ces deux opérations. La situation d'un subrogé et celle d'un cessionnaire diffèrent, en effet, à plusieurs points de vue :

1^o Le créancier qui n'a été payé qu'en partie, peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence au subrogé (art. 1252); au contraire, celui qui cède une partie d'une créance, exerce ses droits concurremment avec le cessionnaire;

2^o Le subrogé ne peut exercer l'action du créancier que jusqu'à concurrence de ses déboursés; le cessionnaire peut exiger du débiteur cédé le montant intégral de la créance, lors même qu'il l'a acquise à un prix inférieur;

3^o Outre l'action du créancier, le subrogé jouit toujours d'une action de mandat ou de gestion d'affaires que la subrogation a simplement pour but de rendre plus efficace; le cessionnaire ne jouit jamais que de l'action attachée à la créance qui a été l'objet de la cession;

4^o Le subrogé est saisi des droits du créancier, au moyen du paiement, sans aucune formalité; le cessionnaire n'est investi des droits du créancier à l'égard des tiers qu'après l'accomplissement des formalités de l'article 1690.

Si la nature de la subrogation soulève quelques difficultés, cette institution se justifie aisément par des raisons d'équité et

d'utilité pratique. Celui qui paie la dette d'autrui a bien un recours contre le débiteur qu'il a libéré; mais ce recours ne s'exerce que par une action purement personnelle de mandat ou de gestion d'affaires. L'auteur du paiement reste donc exposé à tous les risques de l'insolvabilité du débiteur. L'action du créancier est, au contraire, souvent accompagnée de sûretés réelles ou personnelles qui la rendent plus avantageuse et plus sûre. Il est donc fort précieux pour l'auteur du paiement d'acquérir cette action de la créance primitive, et le législateur doit lui accorder d'autant plus volontiers cette faveur, qu'elle ne cause aucun préjudice au créancier. Celui-ci n'a aucun intérêt à conserver ses droits, puisqu'il a touché tout ce qui lui était dû. De plus, le tiers qui acquitte la dette d'autrui améliore la situation des autres créanciers du débiteur, et il est juste que, dans la mesure de cette amélioration, il leur soit préféré. Celui qui, par exemple, acquitte une dette hypothécaire de 10,000 fr., fait, pour cette somme, l'affaire des créanciers hypothécaires postérieurs, et rien n'est plus équitable qu'avant de profiter à ceux-ci, ces 10,000 fr. servent d'abord à indemniser le tiers *qui causam pignoris fecit*. La subrogation repose donc sur l'idée d'une *versio in rem*, c'est-à-dire une cause de faveur ou de préférence, qui est la plus légitime aux yeux du législateur.

§ 1. — *Quelles cautions jouissent du bénéfice de subrogation?*

Ce bénéfice a pour but de fortifier le recours que l'article 2028 accorde aux cautions contre le débiteur principal; il appartient donc à toutes les cautions qui jouissent de ce recours. Nous verrons dans le chapitre suivant quelles sont celles qui

ne peuvent pas invoquer l'article 2028, et qui sont, par conséquent, privées du bénéfice de subrogation.

§ 2. — *Comment s'opère la subrogation (art. 2029)?*

La caution est subrogée par le seul fait du paiement à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur principal. Telle est la disposition de l'article 2029, qui ne fait, du reste, qu'appliquer, en matière de cautionnement, le principe de l'article 1251 3°. Tous ceux qui sont tenus pour d'autres, et la caution appartient à cette catégorie d'obligés, jouissent du bénéfice de la subrogation légale.

En droit romain, il en était autrement : la cession d'actions ne résultait que d'un pacte exprès, intervenu entre le créancier et le fidéjusseur. Celui-ci devait avoir soin de réclamer cette cession avant le paiement, et il pouvait y contraindre le créancier par l'exception *cedendarum actionum*. Mais, après l'acquittement de la dette, il n'y avait plus de cession possible, parce que le paiement avait éteint la créance avec tous ses accessoires.

Ces principes du droit romain passèrent d'abord sans contestation dans notre ancien droit. La caution ne jouissait du bénéfice de subrogation qu'autant que le créancier lui avait cédé ses actions par une convention expresse et antérieure au paiement. Mais, au xvi^e siècle, notre grand jurisconsulte coutumier, Dumoulin, essaya de réformer sur ce point la jurisprudence. Dumoulin soutint que, même après avoir payé, la caution pouvait exiger du créancier la cession de ses actions, parce que, disait-il, on ne saurait supposer qu'elle ait renoncé à son droit par un paiement qui n'était pas volontaire de sa part. Il soutint encore qu'à défaut de toute convention expresse, cette

cession pouvait être présumée, et il faisait résulter cette présomption de la remise du titre de la créance faite à la caution du consentement du créancier. C'était presque la théorie de la subrogation légale de l'article 2029.

Cette nouvelle doctrine se justifiait par de puissantes raisons d'équité. Pourquoi, en effet, exiger, sous peine de déchéance, la formalité d'une cession expresse ? N'était-il pas plus simple de présumer cette cession, puisque le créancier ne pouvait pas la refuser ? Néanmoins, la doctrine de Dumoulin ne prévalut pas. Dumoulin la compromit en prétendant la tirer des lois romaines qui, d'après lui, auraient été mal comprises jusqu'alors. Ces lois, qui sont manifestement contraires à toute idée de cession tacite ou postérieure au paiement, continuèrent à être interprétées comme auparavant. Jusqu'à la rédaction du Code civil, la subrogation ne fut accordée à la caution qu'à la condition d'avoir été demandée par elle avant l'acquittement de la dette. (*Sic* : Ponsot, 227 ; Troplong, 359-360 ; Pont, 264-266.)

§ 3.— *Quelle est l'étendue du bénéfice de subrogation ?*

Nous avons à déterminer ici quels droits la subrogation transmet à la caution, puis dans quelle mesure la caution peut exercer ces droits.

I. — La subrogation transmet à la caution toutes les sûretés, sans exception, qui appartiennent au créancier. Il n'y a pas à distinguer celles qui existaient déjà lorsque le cautionnement a été réalisé, de celles que le créancier se serait fait consentir depuis ; les unes et les autres sont acquises à la caution. Dumoulin, il est vrai, restreignait les effets de la subrogation

aux sûretés antérieures à la date du cautionnement. Mais cette solution ne peut plus être admise aujourd'hui en face des termes absolus de l'article 2029. (*Sic* : Ponsot, 259 ; Tropolong, 376 ; Pont, 272.)

La subrogation transfère à la caution le droit de se prévaloir d'une action en résolution. La caution d'un acheteur, par exemple, peut demander la résolution de la vente, si l'acheteur ne l'indemnise pas. Toutefois, par application de la maxime *nemo contra se subrogasse censetur*, ce droit n'appartient à la caution qu'autant que la résolution ne nuira pas au vendeur, c'est-à-dire qu'autant que le vendeur aura été complètement désintéressé. S'il n'a touché qu'une partie du prix, son consentement sera nécessaire pour faire résoudre la vente. De même, la caution d'un locataire ou d'un fermier ne pourra demander la résiliation du bail qu'avec le concours du locateur, car celui-ci a peut-être intérêt à ce que le bail soit maintenu. En résumé, tous les droits du créancier passent à la caution, avec ce tempérament que la subrogation ne doit jamais nuire au créancier. (*Sic* : Ponsot, 260 ; Pont, 273 ; Amiens, 9 nov. 1823.)

II. — Pour apprécier dans quelle mesure la caution peut faire valoir les droits auxquels elle est subrogée, il faut rechercher ce que le créancier aurait pu réclamer en vertu de ses droits, et ce que la caution peut exiger en vertu de son action de mandat ou de gestion d'affaires. La plus faible de ces deux sommes donnera la mesure cherchée. Supposons que le créancier eût pu réclamer 10,000 fr. au débiteur principal, et que la caution ait contre lui, par suite de l'article 2028, un recours pour 11,000 fr. ; elle ne sera subrogée aux droits du créancier que pour 10,000 fr. C'est jusqu'à concurrence de cette somme qu'elle a amélioré la situation des autres créanciers du débiteur principal, et, si elle était subrogée pour une somme plus forte, la subrogation porterait atteinte aux droits des tiers. Si, au contraire, le recours de la caution ne se montait qu'à 9,000 fr., l'action du créancier s'élevant toujours à 10,000 fr.,

elle ne serait subrogée que pour 9,000 fr. La subrogation, en effet, a pour but, non pas d'enrichir le subrogé, mais de lui permettre simplement de rentrer avec plus de facilité dans ses déboursés. (*Sic* : Ponsot, 257; Pont, 274; — *Vide* : Troplong, 374.)

Lorsque la caution n'a payé la dette qu'en partie, on lui applique la disposition de l'article 1252, disposition qui n'est que la traduction d'une règle formulée par Dumoulin en matière de subrogation : *Nemo censetur subrogasse contra se*. Prenons, à titre d'exemple, le cas d'une dette de 30,000 fr., garantie par une caution et par une hypothèque. La caution a donné 20,000 fr. au créancier; l'immeuble hypothéqué a été exproprié et un ordre est ouvert pour la distribution du prix qui est de 25,000 fr. Le créancier sera d'abord colloqué pour les 10,000 fr. qui lui restent dus; la caution viendra ensuite en vertu de la subrogation, et comme le prix à distribuer est inférieur à la créance inscrite, elle se trouvera en perte de 5,000 fr. Si la caution est primée par le créancier, bien que tous deux aient une hypothèque de même rang, c'est par suite de la règle de l'article 1252 : *Nemo censetur subrogasse contra se*.

Toutefois, ce droit de préférence que l'article 1252 accorde au créancier, ne doit pas être exagéré. Il suppose un paiement partiel fait par la caution et ne s'applique qu'à ce qui reste dû de la même créance acquittée en partie, mais ne s'étend pas aux autres créances hypothécaires sur le même immeuble que le créancier pourrait avoir contre le débiteur principal. Ainsi, une personne contracte une dette de 30,000 fr., garantie par une caution et par une hypothèque inscrite le 4^{er} mai 1881. Plus tard, cette personne contracte envers le même créancier une seconde dette de 30,000 fr., garantie seulement par une hypothèque sur le même immeuble, inscrite le 4^{er} janvier 1882. La caution a payé 20,000 fr. au créancier, et un ordre s'ouvre pour la distribution du prix de l'immeuble. La collocation se

fera ainsi : le créancier prendra d'abord 10,000 fr. comme reliquat de sa première créance hypothécaire; la caution touchera ensuite 20,000 fr., comme subrogée à cette première créance; puis le créancier reparaitra au troisième rang en vertu de sa seconde hypothèque. (*Sic* : Ponsot, 228-229; Troplong, 367-368; Pont, 275; Cass., 27 nov. 1832.)

§ 4. — *Quels sont les effets du bénéfice de subrogation*
(art. 2037)?

Il ne suffit pas d'accorder à la caution certains bénéfices, il faut encore que ces bénéfices ne soient pas à la merci du mauvais vouloir du créancier. La caution n'y trouverait qu'une garantie bien précaire, s'il dépendait de celui-ci de lui en enlever indirectement les avantages. Aussi, le législateur oblige-t-il le créancier à respecter le droit qu'elle possède d'exiger la discussion du débiteur et la division de la dette, en le rendant responsable de l'insolvabilité du débiteur principal, survenue pour défaut de poursuites, et en mettant à sa charge l'insolvabilité des fidéjusseurs, arrivée après le jugement qui prononce la division. (art. 2024 et 2026.)

Si les articles 2024 et 2026 *in fine* sont la sanction des bénéfices de discussion et de division, nous allons maintenant trouver dans l'article 2037, la sanction du bénéfice de subrogation. *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits..... du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.* Mais il y a cette différence entre ces diverses sanctions, c'est que les bénéfices de discussion et de division ne produisant leur effet que *per exceptionem*, la responsabilité des articles 2024 et 2026 n'atteint le créancier qu'après que la discussion a été demandée ou la division prononcée, tandis que

la subrogation, ayant lieu *ipso jure* au profit de la caution, le créancier qui par son fait la rend impossible, encourt *ipso jure* la déchéance de l'article 2037.

En droit romain, il n'existait aucune disposition analogue à celle de notre article 2037. Si le fidéjusseur pouvait exiger la cession des actions du créancier, celui-ci devait simplement les lui céder telles qu'il les avait lorsque l'exception *cedendarum actionum* lui était opposée. Ce fait tient à ce qu'à Rome, la fidéjussion était un contrat rigoureusement unilatéral, et que, même sous Justinien, elle ne perdit pas complètement ce caractère. Le créancier n'acquiert que des droits et le fidéjusseur ne contracte que des obligations; tel était le principe. C'était déjà y apporter une grave dérogation que d'obliger le créancier à céder ses actions au fidéjusseur, et les jurisconsultes romains n'osèrent pas aller jusqu'à le rendre responsable de leur conservation.

En passant dans notre ancien droit sous le nom de cautionnement, la fidéjussion perdit son caractère de droit strict pour devenir un contrat de bonne foi. L'obstacle juridique qui, aux yeux des Romains, s'opposait à ce que le créancier eût des obligations envers le fidéjusseur, n'existait plus pour nos anciens jurisconsultes. Aussi, décidèrent-ils d'une manière générale que le créancier ne devait pas nuire à la caution, et spécialement qu'il ne devait pas par son fait la priver des avantages du bénéfice de cession d'actions. Les rédacteurs du Code civil recueillirent cette solution équitable et la consacrèrent dans l'article 2037.

Nous avons fait jusqu'ici de cet article le corollaire et la sanction du bénéfice de subrogation. Cette manière de voir est généralement adoptée; cependant, il existe une opinion d'après laquelle l'article 2037 serait le corollaire et la sanction du bénéfice de discussion. Les partisans de cette opinion raisonnent ainsi : Pendant toute la période classique du droit romain, le créancier était tenu de céder ses actions au fidéjusseur, telles

qu'il les avait au moment de la cession, sans être obligé de les conserver intactes. Il n'y a donc pas lien nécessaire entre la déchéance de l'article 2037 et le bénéfice de subrogation. Cet état de choses dura jusqu'à Justinien. Mais ce prince modifia profondément la situation du créancier envers le fidéjusseur, en instituant par sa Novelle IV le bénéfice de discussion. En effet, du moment que le fidéjusseur n'était plus qu'un débiteur subsidiaire ayant le droit d'exiger que le *reus* fût d'abord discuté, il fallut bien que le créancier ne pût point le priver indirectement de cette prérogative, en se dépouillant de ses actions contre le *reus*. L'introduction du bénéfice de discussion a donc entraîné pour le créancier l'obligation de conserver ses actions. Sans doute, cette obligation en amène une autre, celle de céder ses actions intactes au fidéjusseur, et, par là, elle se rattache au bénéfice de cession d'actions; mais elle ne s'y rattache qu'indirectement, et en tant que ce bénéfice se rattache lui-même au bénéfice de discussion. Le fidéjusseur doit trouver dans la cession les mêmes ressources qu'il aurait trouvées dans la discussion du débiteur principal.

A cette argumentation on répond que, dans les lois romaines, rien ne fait supposer cette corrélation entre l'obligation pour le créancier de conserver ses actions et le bénéfice de discussion. Aucun texte n'impose cette obligation au créancier en matière de fidéjussion, et, avant comme après la Novelle IV, le fidéjusseur devait se contenter des actions qui existaient encore entre les mains du créancier au moment de la cession. L'origine de l'article 2037 se trouve dans ce fait que la distinction des contrats de bonne foi et des contrats de droit strict n'a pas survécu au droit romain, et que notre contrat de cautionnement est un produit de la fusion de la fidéjussion, devenue l'unique forme de cautionnement *verbis* et du *mandatum pecuniæ credendæ*, qui était la principale forme de cautionnement consensuel. Or, en matière de *mandatum pecuniæ credendæ*, les Romains ont toujours admis que le *mandator* ou créancier devait non seulement céder ses actions au

mandans, c'est-à-dire à la caution, mais encore qu'il était responsable envers lui de leur conservation. Le *mandatum pecuniæ credendæ* était un contrat consensuel, et par conséquent de bonne foi. Voilà pourquoi le *mandator* avait envers le *mandans* des obligations plus étendues que le créancier envers le fidéjusseur. Voilà pourquoi aussi, dans notre ancien droit comme dans notre droit actuel, où le cautionnement est une fidéjussion quant à son origine, et un *mandatum pecuniæ credendæ* quant à ses effets, le créancier est responsable envers la caution de la conservation de ses actions. (*Sic* : Pont, 363-364 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 429, note 19. *Contra* : Troplong, 533.)

I. — *Quelles cautions peut invoquer l'article 2037 ?* — Ceux qui font de cet article le corollaire du bénéfice de discussion, doivent répondre : Toutes les cautions qui peuvent invoquer l'article 2021. Nous répondons : Toutes les cautions qui jouissent du bénéfice de subrogation, c'est-à-dire toutes celles qui ont un recours contre le débiteur. Par conséquent, l'article 2037 profite aux cautions solidaires comme aux cautions simples. La clause de solidarité les prive des bénéfices de discussion et de division, mais ne leur enlève pas leur qualité d'obligés accessoires, ni leur droit à la subrogation légale. (*Sic* : Ponsot, 329 ; Pont, 368 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 429, note 19 ; Cass., 16 mars 1852, 23 févr. 1857, 19 janv. 1863, 19 nov. 1872 ; Nancy, 19 févr. 1858 ; Toulouse, 2 mai 1859 ; Lyon, 20 août 1859. *Contra* : Troplong, 539.)

Nous accorderons également à la caution réelle, et même au tiers détenteur en général, le droit de se prévaloir de l'article 2037. Cet article ne constitue pas une disposition exceptionnelle, il ne fait qu'appliquer au créancier, dans ses rapports avec des personnes qui lui sont légalement subrogées, la grande règle des articles 1382-1383. Or, la subrogation légale est accordée par le législateur à la caution réelle, et au tiers

détenteur aussi bien qu'à la caution ordinaire (art. 1251, 2^o et 3^o). Si l'on rattachait l'article 2037 au bénéfice de discussion, il ne pourrait être invoqué que par les tiers détenteurs auxquels s'applique l'article 2170. (*Sic* : Ponsot, 330-331 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 429, note 20. *Contra* : Troplong, 561-562 ; Pont, 371-372 ; Caen, 26 nov. 1870.)

Par exception, les endosseurs d'un effet de commerce ne jouissent point de la disposition de l'article 2037, parce que leurs rapports avec le porteur sont réglés par les dispositions particulières du Code de commerce. Les articles 160-172 de ce Code ne font dépendre le recours du porteur contre les endosseurs, que des formalités de notification, de protêt et d'assignation. Les endosseurs ne sont donc pas déchargés, si le porteur renonce aux sûretés spéciales qu'il aurait personnellement acquises contre le débiteur. (*Sic* : Pont, 370 ; Limoges, 12 févr. 1862.)

II. — *Quelles sont les sûretés que le créancier est obligé de conserver en vertu de l'article 2037 ?* — Il n'y a aucune distinction à faire quant à la nature de ces sûretés ; l'article 2037 comprend toutes celles qui peuvent garantir le paiement d'une dette, un cautionnement, une hypothèque, un privilège, un droit de gage, un droit d'antichrèse et même un simple droit de rétention. Ainsi, le créancier qui, ayant reçu deux fidéjusseurs, fait remise à l'un d'eux de son engagement, s'expose à la déchéance de l'article 2037. Il s'y expose également, s'il donne main-levée d'une hypothèque, ou s'il se dessaisit d'un objet qui lui a été remis en gage. (*Sic* : Pont, 373 ; Cass., 2 août 1872 ; Nancy, 19 févr. 1858.)

L'article 2037 s'applique-t-il à la perte de toutes les sûretés, quelle que soit la date de leur acquisition, ou seulement à la perte des sûretés qui existaient déjà au moment où la caution s'est engagée ? Beaucoup d'auteurs soutiennent que le créancier n'est responsable que de la conservation des actions acquises avant le cautionnement. C'était la doctrine générale-

ment suivie dans notre ancien droit; elle était professée par Dumoulin et Pothier. Néanmoins, cette doctrine ne nous paraît pas admissible aujourd'hui. Nos anciens auteurs limitaient ainsi la responsabilité du créancier, parce qu'ils restreignaient les effets de la cession d'actions aux sûretés acquises antérieurement à l'engagement de la caution; ils mesuraient la sanction à l'étendue du droit sanctionné. Mais depuis la rédaction du Code civil, les termes généraux de l'article 2029 montrent que la caution est subrogée à tous les droits du créancier, même à ceux qui sont postérieurs au cautionnement. Par conséquent, pour être aussi logique que nos vieux jurisconsultes, il faut admettre que la responsabilité du créancier s'étend à toutes les sûretés qui garantissent sa créance, quelle que soit la date de leur acquisition. En un mot, le créancier doit conserver tout ce que la caution a le droit d'acquérir, et comme le droit de celle-ci s'étend aux sûretés postérieures à son engagement, la perte de ces sûretés par un fait volontaire entraîne pour le créancier la déchéance de l'article 2037. (*Sic* : Ponsot, 334; Troplong, 571. *Contra* : Pont, 377; Aubry et Rau, tom. iv, § 429, note 14; Cass., 27 nov. 1861, 10 déc. 1866; Nancy, 23 avril 1867.)

La caution est déchargée, lorsque la subrogation *ne peut plus*, par le fait du créancier, avoir lieu à son profit. Ces termes de l'article 2037 prouvent que le créancier est en faute de perdre une sûreté acquise, mais qu'il n'est pas en faute s'il laisse échapper l'occasion d'en acquérir une nouvelle. Cette sûreté, qu'il a dédaignée, n'a jamais garanti la créance, et la subrogation n'en a jamais été possible. Il n'est donc pas vrai de dire ici que la subrogation *ne peut plus* s'opérer au profit de la caution. (*Sic* : Pont, 378; Pau, 25 août 1851.)

III. — *Quels sont les faits qui, d'après l'article 2037, engagent la responsabilité du créancier ?* — Ces faits comprennent évidemment tous les faits positifs, dont le résultat est

d'amener la perte des sûretés attachées à la créance. Le créancier qui, par exemple, décharge une des cautions, renonce à une hypothèque ou donne mainlevée d'une inscription, encourt incontestablement, dans ces diverses hypothèses, l'application de l'article 2037.

Faut-il aller plus loin et ranger parmi les faits prévus par l'article 2037 les faits simplement négatifs, c'est-à-dire la négligence ou l'inaction du créancier ? Dans notre ancien droit, cette extension de la responsabilité du créancier était généralement repoussée. Pothier enseignait que le créancier ne répondait que de son fait positif, et cette opinion compte toujours de nombreux défenseurs. Les rédacteurs du Code civil, dit-on, ont suivi Pothier pas à pas en matière de contrat et d'obligation conventionnelle, et, en déclarant la caution déchargée lorsque la subrogation ne peut plus s'opérer en sa faveur *par le fait du créancier*, ils n'ont point entendu s'écarter de la doctrine de leur guide habituel. Le mot *fait* de l'article 2037 rappelle l'expression *fait positif* employée par Pothier.

Cependant, l'opinion qui étend la responsabilité du créancier aux faits négatifs, est celle qui prévaut aujourd'hui. Bien que les rédacteurs du Code civil aient beaucoup emprunté à Pothier, ils n'ont pas toujours reproduit ses décisions, et notamment dans l'article 2024, ils ont imposé au créancier une responsabilité que ce jurisconsulte ne lui imposait pas. L'article 1383 démontre que le législateur met sur la même ligne le fait positif et le fait négatif, et comme l'article 2037 n'est au fond qu'une application des articles 1382-1383, il faut en conclure que le créancier est responsable même de son inaction ou de sa négligence. La caution est donc déchargée si le créancier oublie de renouveler une inscription hypothécaire, ou se laisse forclore faute de produire à un ordre, ou encore, omet d'interrompre la prescription qui court au profit d'un tiers détenteur. (*Sic* : Ponsot, 334 ; Troplong, 567 ; Pont, 380 ; Aubry et

Rau, tom. iv, § 429, note 42; Cass., 20 mars 1843, 23 février 1857, 7 juill. 1862; Toulouse, 2 mai 1859; Lyon, 20 août 1859. *Contra*: Caen, 3 juill. 1844; Agen, 9 juin 1842; Bastia, 2 févr. 1846.)

Toutefois, la faute *in committendo* ou *in omittendo* du créancier n'entraîne l'application de l'article 2037 qu'autant qu'elle est imputable au créancier seul, et n'est pas commune à lui et à la caution. Par exemple, la caution sait que le débiteur a fait l'acquisition d'un immeuble que le créancier ignore et sur lequel celui-ci a le droit de prendre une inscription hypothécaire, mais elle ne lui en donne pas connaissance. Tous les deux sont également en faute, et la caution ne pourra pas se prétendre déchargée sous prétexte que la négligence du créancier l'empêche d'être subrogée aux droits d'hypothèque sur l'immeuble. A plus forte raison, en serait-il de même si la caution avait coopéré au fait qui a eu pour résultat de rendre la subrogation impossible. (*Sic* : Ponsot, 333; Pont, 384; Cass., 23 déc. 1845; 26 mai 1846.)

Ajoutons encore que le fait positif ou négatif du créancier n'entraîne l'application de l'article 2037 qu'autant qu'il anéantit *en droit* les sûretés attachées à la créance, et qu'il ne produit plus cet effet lorsqu'il porte seulement sur l'efficacité pratique de ces sûretés. Le créancier est en faute quand il accorde sa décharge à l'une des cautions; mais il ne l'est plus si, par sa lenteur à exercer des poursuites, il a laissé à cette caution le temps de devenir insolvable. Il n'engage pas non plus sa responsabilité, en ne poursuivant pas à l'échéance le débiteur principal qui tombe en déconfiture, ou en le faisant déclarer en faillite. L'insolvabilité et la faillite n'altèrent pas les éléments constitutifs de la créance, ni l'existence juridique des sûretés qui la garantissent. (*Sic* : Troplong, 568; Pont, 382-383; Cass., 8 mai 1861, 7 avril 1869; Nancy, 43 avril 1867.)

IV. — *Dans quelle mesure la caution profite-t-elle de la décharge de l'article 2037 ?* — Cette décharge a pour fondement le préjudice que cause à la caution la faute du créancier ;

elle ne doit donc pas dépasser l'étendue de ce préjudice. Cette règle, déjà enseignée par Pothier, n'est pas contestée aujourd'hui.

La perte partielle des accessoires de la créance n'entraînera ainsi pour la caution qu'une décharge partielle. Le créancier qui a reçu deux fidéjusseurs et qui fait remise à l'un de son obligation, n'est déchu que pour moitié de son action contre l'autre; c'est en effet dans cette mesure qu'il a rendu la subrogation impossible. Le créancier d'une somme de 30,000 fr., qui a reçu un fidéjusseur et une hypothèque sur un immeuble valant 20,000 fr., peut encore réclamer 10,000 fr. au fidéjusseur, s'il renonce à son hypothèque, car le préjudice que cette renonciation cause au fidéjusseur ne s'élève qu'à 20,000 fr. (*Sic* : Ponsot, 334; Troplong, 572; Pont, 374-375.)

Ceux qui font de l'article 2037 le corollaire du bénéfice de discussion, devraient donner dans ces deux hypothèses des solutions différentes. Pour être logique, il faudrait dire que le créancier qui décharge un fidéjusseur, conserve intacte son action contre l'autre fidéjusseur, car cette décharge n'altère en rien pour celui-ci l'exercice du bénéfice de discussion. Il faudrait dire aussi que le créancier qui renonce à une hypothèque n'encourt aucune déchéance, quand cette hypothèque porte sur un immeuble dont la caution ne peut pas exiger la discussion.

Puisque l'article 2037 suppose un préjudice éprouvé par la caution, il résulte que la perte des accessoires de la créance, par la faute du créancier, ne la décharge en rien, lorsque cette perte n'est pas pour elle une cause de dommage, c'est-à-dire lorsque les sûretés perdues auraient été complètement inefficaces. Le créancier conserverait donc tous ses droits contre la caution si, dans les exemples précédents, le fidéjusseur déchargé se trouvait déjà complètement insolvable, ou si l'hypothèque remise était primée par d'autres hypothèques absor-

Rau, tom. iv, § 429, note 12; Cass., 20 mars 1843, 23 février 1857, 7 juill. 1862; Toulouse, 2 mai 1859; Lyon, 20 août 1859. *Contra*: Caen, 3 juill. 1841; Agen, 9 juin 1842; Bastia, 2 févr. 1846.)

Toutefois, la faute *in committendo* ou *in omittendo* du créancier n'entraîne l'application de l'article 2037 qu'autant qu'elle est imputable au créancier seul, et n'est pas commune à lui et à la caution. Par exemple, la caution sait que le débiteur a fait l'acquisition d'un immeuble que le créancier ignore et sur lequel celui-ci a le droit de prendre une inscription hypothécaire, mais elle ne lui en donne pas connaissance. Tous les deux sont également en faute, et la caution ne pourra pas se prétendre déchargée sous prétexte que la négligence du créancier l'empêche d'être subrogée aux droits d'hypothèque sur l'immeuble. A plus forte raison, en serait-il de même si la caution avait coopéré au fait qui a eu pour résultat de rendre la subrogation impossible. (*Sic*: Ponsot, 333; Pont, 384; Cass., 23 déc. 1845; 26 mai 1846.)

Ajoutons encore que le fait positif ou négatif du créancier n'entraîne l'application de l'article 2037 qu'autant qu'il anéantit *en droit* les sûretés attachées à la créance, et qu'il ne produit plus cet effet lorsqu'il porte seulement sur l'efficacité pratique de ces sûretés. Le créancier est en faute quand il accorde sa décharge à l'une des cautions; mais il ne l'est plus si, par sa lenteur à exercer des poursuites, il a laissé à cette caution le temps de devenir insolvable. Il n'engage pas non plus sa responsabilité, en ne poursuivant pas à l'échéance le débiteur principal qui tombe en déconfiture, ou en le faisant déclarer en faillite. L'insolvabilité et la faillite n'altèrent pas les éléments constitutifs de la créance, ni l'existence juridique des sûretés qui la garantissent. (*Sic*: Troplong, 568; Pont, 382-383; Cass., 8 mai 1861, 7 avril 1869; Nancy, 13 avril 1867.)

IV. — *Dans quelle mesure la caution profite-t-elle de la décharge de l'article 2037 ?* — Cette décharge a pour fondement le préjudice que cause à la caution la faute du créancier ;

elle ne doit donc pas dépasser l'étendue de ce préjudice. Cette règle, déjà enseignée par Pothier, n'est pas contestée aujourd'hui.

La perte partielle des accessoires de la créance n'entraînera ainsi pour la caution qu'une décharge partielle. Le créancier qui a reçu deux fidéjusseurs et qui fait remise à l'un de son obligation, n'est déchu que pour moitié de son action contre l'autre; c'est en effet dans cette mesure qu'il a rendu la subrogation impossible. Le créancier d'une somme de 30,000 fr., qui a reçu un fidéjusseur et une hypothèque sur un immeuble valant 20,000 fr., peut encore réclamer 10,000 fr. au fidéjusseur, s'il renonce à son hypothèque, car le préjudice que cette renonciation cause au fidéjusseur ne s'élève qu'à 20,000 fr. (*Sic* : Ponsot, 334; Troplong, 572; Pont, 374-375.)

Ceux qui font de l'article 2037 le corollaire du bénéfice de discussion, devraient donner dans ces deux hypothèses des solutions différentes. Pour être logique, il faudrait dire que le créancier qui décharge un fidéjusseur, conserve intacte son action contre l'autre fidéjusseur, car cette décharge n'altère en rien pour celui-ci l'exercice du bénéfice de discussion. Il faudrait dire aussi que le créancier qui renonce à une hypothèque n'encourt aucune déchéance, quand cette hypothèque porte sur un immeuble dont la caution ne peut pas exiger la discussion.

Puisque l'article 2037 suppose un préjudice éprouvé par la caution, il résulte que la perte des accessoires de la créance, par la faute du créancier, ne la décharge en rien, lorsque cette perte n'est pas pour elle une cause de dommage, c'est-à-dire lorsque les sûretés perdues auraient été complètement inefficaces. Le créancier conserverait donc tous ses droits contre la caution si, dans les exemples précédents, le fidéjusseur déchargé se trouvait déjà complètement insolvable, ou si l'hypothèque remise était primée par d'autres hypothèques absor-

bant toute la valeur de l'immeuble. (*Sic* : Pont, 376 ; Cass., 8 mai 1850, 19 janvier 1863.)

CHAPITRE II.

Des effets du cautionnement entre le débiteur principal et la caution

(Art. 2028, 2030-31-32).

La caution qui paie le créancier se libère d'un engagement qu'elle a personnellement contracté. Mais comme cet engagement a pour cause un cautionnement, c'est-à-dire un contrat qui l'oblige dans l'intérêt du débiteur principal, c'est à ce débiteur que profite en définitive le paiement qu'elle a fait. Il est donc juste qu'elle soit indemnisée du dommage que lui a causé l'acquittement de la dette, et, pour obtenir cette indemnité, elle jouit d'un recours que consacre l'article 2028. Ce recours est doublement sanctionné, d'abord par une action de mandat ou de gestion d'affaires qui appartient en propre à la caution, et, en second lieu, par l'action même du créancier à laquelle elle est subrogée de plein droit.

Le recours accordé à la caution est le plus souvent un recours en indemnité proprement dit ; il a pour but de réparer le préjudice occasionné par le paiement de la dette. Il n'appar-

tient par conséquent qu'à la caution qui a payé le créancier. Quelquefois cependant ce recours a un caractère préventif; son but est alors de soustraire la caution qui n'a pas encore payé, à l'obligation éventuelle d'acquitter la dette. Les commentateurs lui donnent dans ce cas le nom *d'action en décharge*.

SECTION I^{re}

De l'action en recours proprement dite, accordée à la caution contre le débiteur principal

(Art. 2028, 2030-31)

§ 4^{er}. — Quelles cautions ont un recours contre le débiteur principal (Art. 2028) ?

Le recours que la loi accorde à la caution, dérive du caractère de bienfaisance du contrat de cautionnement. Il appartient donc aux seules cautions qui se sont obligées dans l'intérêt d'autrui. Mais il n'appartient pas au *fidejussor in rem suam*, car ce fidéjusseur, en dépit de son nom, est au fond le véritable intéressé.

La caution n'a pas non plus de recours lorsqu'elle s'est obligée *donandi animo*, dans l'intention de faire une libéralité au débiteur principal. Le défaut de recours constitue ici le dépouillement de la part du donateur et l'enrichissement au profit du donataire, sans lesquels la libéralité n'existerait pas.

Faut-il accorder un recours à la caution qui s'est obligée malgré le débiteur principal ? En droit romain, cette question, d'abord discutée entre les jurisconsultes, fut tranchée à la fin contre la caution. Dans notre droit, elle est également controversée, et a donné naissance à quatre opinions. D'après quelques-uns, la caution qui s'oblige *invito reo*, est présumée agir *donandi animo*, et ne jouit d'aucun recours contre le débiteur. D'autres admettent, malgré l'opposition du débiteur, la formation d'un quasi-contrat de gestion d'affaires, et accordent à la caution une action *negotiorum gestorum* utile. D'autres ne lui donnent qu'une action *de in rem verso*, c'est-à-dire un recours jusqu'à concurrence de l'enrichissement que le débiteur a retiré du paiement. Enfin, il y en a qui expliquent le cautionnement *invito reo*, par ce fait que la caution a entendu renoncer à toute action de mandat ou de gestion d'affaires, pour se contenter de la subrogation légale, et déclarent qu'elle ne peut agir contre le débiteur que par l'action du créancier.

A notre avis, la question doit se résoudre suivant les circonstances qui ont accompagné le cautionnement. S'il en résulte que la caution a agi *animo donandi*, elle n'aura aucun recours; s'il en résulte que l'opposition du débiteur était tout à fait déraisonnable, la caution aura l'action *negotiorum gestorum* utile. Dans tous les autres cas, il faut au moins lui accorder une action *de in rem verso*, en vertu de la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. (*Vide* : Ponsot, 251; Troplong, 329; Pont, 243; Aubry et Rau, tom. iv, § 427, notes 14 et 15.)

Le cautionnement est généralement gratuit et se réalise le plus souvent dans l'intérêt du débiteur principal. Cependant, il peut arriver que la caution se fasse payer par le débiteur, ou s'engage dans l'intérêt du créancier. Elle n'en a pas moins un recours contre le débiteur, car celui-ci profite par la force même des choses de l'acquittement de la dette. Ces deux cir-

constances affectent quelquefois les conditions et l'étendue du recours de la caution, mais elles n'affectent pas son existence. (*Sic* : Pont, 246-247.)

§ 2. — *Contre qui s'exerce le recours de la caution*
(Article 2030) ?

Cette question ne présente pas de difficulté, quand l'obligation principale a été contractée par un débiteur unique ; c'est contre ce débiteur seul que la caution peut agir. Elle ne présente pas de difficulté non plus, quand l'obligation principale a été contractée par plusieurs débiteurs conjoints. La caution n'a de recours contre chacun d'eux que pour sa part, car elle ne saurait avoir contre eux plus de droits que le créancier, et celui-ci ne peut leur demander davantage. (*Sic* : Pont, 277.)

Notre question devient plus délicate lorsque l'obligation principale a été contractée par plusieurs débiteurs solidaires. Dans le cas où la caution a garanti tous les débiteurs ensemble, l'article 2030 nous apprend qu'elle a, *contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé* ; plus simplement, elle jouit contre chaque débiteur d'un recours *in solidum*. On pourrait dire que cette disposition aggrave la situation des débiteurs solidaires, et que la caution ne devrait demander à chacun d'eux que sa part, puisqu'ils doivent en définitive supporter la dette par égales portions. Mais l'article 2030 n'est qu'une application de l'article 2002 ; le mandataire qui gère une affaire commune à plusieurs, a contre chaque mandant une action solidaire.

Supposons maintenant que la caution ait garanti un seul des débiteurs solidaires. Contre ce débiteur, elle a certainement un recours *in solidum* ; mais, quels sont ses droits vis-

à-vis des autres? Quelques auteurs lui permettent encore d'agir *in solidum* contre ceux-ci. Toutefois, cette opinion est généralement repoussée. Le recours pour la totalité n'existe que si la caution s'est engagée pour tous les débiteurs. Lorsqu'elle ne s'engage que pour un seul, il n'y a plus possibilité d'appliquer l'article 2002, et le paiement fait par la caution doit être assimilé au paiement fait par un débiteur solidaire; il n'engendre qu'un recours divisé contre les codébiteurs que la caution n'a pas garantis (Art. 1213 et 1214). Ce recours divisé, la caution pourra l'exercer soit par une action *negotiorum gestorum*, car, en payant la dette, elle a fait l'affaire de chaque débiteur solidaire jusqu'à concurrence de sa part, soit par l'action du créancier à laquelle elle est subrogée de plein droit. (*Sic*: Troplong, 379; Pont, 278; Cass., 19 avril 1854, 20 juin 1864, 27 novembre 1864; Grenoble, 30 juillet 1859. *Vide* : Ponsot, 243; Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 4.)

Ainsi, même en invoquant l'article 2029, la caution ne peut réclamer que leur part aux débiteurs solidaires, pour lesquels elle ne s'est pas engagée. On se demande alors si, en se faisant subroger conventionnellement par le créancier, elle ne jouirait point contre eux de l'action solidaire de celui-ci, déduction faite bien entendu de la part du débiteur qu'elle a garanti. En d'autres termes, il s'agit de savoir si la subrogation conventionnelle confère au subrogé plus de droits que la subrogation légale. Nous retrouverons cette question à propos des effets du cautionnement entre codébiteurs, et nous en renvoyons l'examen au chapitre suivant.

§ 3. — *Quelle est l'étendue du recours de la caution (art. 2028)?*

Le recours accordé à la caution a pour objet la réparation

du préjudice qui résulte de l'acquittement de la dette. Ce recours doit donc être calculé de telle sorte, qu'il ne procure à la caution aucun enrichissement, mais qu'il la rende absolument indemne.

Les chefs d'indemnité que la caution peut réclamer au débiteur principal, sont énumérés par l'article 2028. Le recours établi par cet article comprend : 1^o le principal; 2^o les intérêts; 3^o les frais; 4^o les dommages-intérêts, s'il y a lieu.

I. — Le recours de la caution a lieu d'abord pour le *principal*. L'expression *principal* comprend ici non pas la valeur nominale de la créance, mais la valeur que la caution a déboursée pour libérer le débiteur. A titre d'exemple, les commentateurs citent le cas où la caution aurait payé le créancier en assignats et où elle aurait exercé son recours après que les assignats ont cessé d'avoir cours forcé. Elle ne pourrait demander en espèces que la valeur des assignats lors du paiement, et non le total de la dette. De même, lorsque la caution obtient du créancier une quittance complète en ne lui payant qu'une fraction de sa créance, elle ne peut en principe réclamer au débiteur que cette fraction.

Toutefois, dans ce dernier cas, il y a une question de fait à examiner. La remise faite à la caution lui a-t-elle été consentie à titre de libéralité ou à titre de simple décharge? S'il s'agit d'une simple décharge, la caution n'a droit qu'au principal qu'elle a déboursé. S'il s'agit d'une libéralité, elle pourra réclamer au débiteur la totalité de la dette. (*Sic* : Ponsot, 234; Troplong, 343; Pont, 235-236.)

II. — Le recours de l'article 2028 a lieu aussi pour les *intérêts*. L'article 2028 entend par *intérêts* ceux de toutes les sommes payées par la caution, même de la somme qui représente les intérêts dus par le débiteur et que la caution a été contrainte de payer au créancier. Cette somme constitue en-

tre le débiteur principal et la caution un capital ordinaire, qui est par conséquent productif d'intérêts. En un mot, il s'agit dans l'article 2028 des intérêts des sommes payées, et non des intérêts payés. (*Sic* : Caen, 7 août 1840, 4 juillet 1843.)

La caution a droit aux intérêts de ses avances du jour où elle a payé le créancier. Cette proposition, incontestable lorsque la caution s'est engagée sur le mandat du débiteur principal, n'est pas admise sans quelque opposition, lorsque le cautionnement a été réalisé à l'insu du débiteur. On a fait remarquer que le législateur n'a pas reproduit en faveur du *negotiorum gestor* la disposition qu'il édicte dans l'article 2004 en faveur du mandataire, et que, par conséquent, il faut appliquer au *negotiorum gestor* le droit commun de l'article 1153. A cela, le plus grand nombre des auteurs et des arrêts rendus par la jurisprudence répondent que, dans la mesure où elle a été utile au *dominus*, la gestion d'affaires produit les mêmes conséquences que le mandat, et que, spécialement en matière de cautionnement, l'article 2028 assimile l'action *negotiorum gestorum* à l'action *mandati*. Sans doute, à la différence de celle-ci, celle-là est subordonnée à la justification de l'utilité de la dépense, mais une fois cette justification faite, les deux actions ont le même objet et produisent les mêmes effets. (*Sic* : Ponsot, 240 ; Troplong, 345 ; Pont, 237-238 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 8 ; Cass., 7 nov. 1864, 6 nov. 1865 ; Paris, 26 nov. 1864 ; Pau, 30 nov. 1869 ; Rennes, 12 févr. 1880. *Contra* : Lyon, 13 janv. 1849, 29 janv. 1870.)

III. — Le recours de la caution a encore lieu pour les *frais*. De quels frais l'article 2028 veut-il parler ? De ceux que la caution a supportés par la faute du débiteur. Notre article comprend d'abord ceux qui étaient dus par le débiteur principal et que la caution a payés en vertu de l'article 2016. Il comprend également les frais de première demande faits par

le créancier contre la caution, et les frais postérieurs à la dénonciation, que la caution doit faire au débiteur principal des poursuites dirigées contre elle. La caution, actionnée par le créancier, doit donc se hâter d'en avertir le débiteur, car les frais qui auront été faits entre la première demande et cette dénonciation resteront à sa charge. Elle est en effet en faute; le débiteur principal, averti plus tôt, les aurait peut-être empêchés, en payant la dette.

Le texte de l'article 2028 semble contraire à notre interprétation. Il nous dit que la caution n'a de recours *que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé etc.*, d'où il résulte qu'elle n'aurait pas le droit de réclamer le montant des frais dus par le débiteur et que l'article 2016 l'oblige à payer. Une telle décision serait d'une injustice trop évidente. Aussi on est d'accord pour voir dans l'article 2028, une inexactitude de rédaction. Cet article doit être lu ainsi : *La caution n'a de recours pour les frais faits par elle, que pour ceux faits depuis qu'elle a dénoncé etc.* (Sic : Ponsot, 236; Troplong, 347-350; Pont, 239-240; Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 40.)

IV. — Enfin, la caution a aussi un recours pour les dommages-intérêts, s'il y a lieu. Cette disposition finale de l'article 2028 est une application de l'article 2000, d'après lequel le mandataire doit être indemnisé *des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable*. La caution a, par exemple, subi la saisie et la vente d'une partie de ses biens, ou elle s'est procuré à grand frais l'argent nécessaire pour payer le créancier; elle a droit à être indemnisée des dommages qui résultent de ces diverses circonstances.

Lors même que le cautionnement a pour objet de garantir le paiement d'une somme d'argent, la caution peut avoir droit à des dommages-intérêts, indépendamment de l'intérêt des

sommes qu'elle a déboursées. C'est une exception au principe de l'article 1153, formulée par l'article 1153 lui-même, et qui a sa cause dans la faveur due à la caution. (*Sic* : Ponsot, 237-238 ; Troplong, 354 ; Pont, 241-242.)

Quand le cautionnement est salarié, la caution a-t-elle droit à des dommages-intérêts ? On l'a contesté ; le cautionnement salarié est, dit-on, un contrat à titre onéreux, soumis par conséquent à la règle de l'article 1153, et la caution n'a droit qu'aux intérêts légaux des sommes déboursées. Cette solution est généralement rejetée. Le débiteur qui donne un salaire à la caution, n'en est pas moins tenu de payer le créancier, et il doit réparer le préjudice que cause à celle-ci le défaut de paiement, car ce préjudice est la conséquence d'une faute de sa part. Cependant, les tribunaux pourraient décider dans certains cas, par exemple si le salaire était élevée, que ce salaire constitue une indemnité aléatoire des chances que le cautionnement fait courir à la caution, et qu'alors cette dernière n'a pas droit à d'autres dommages intérêts. (*Sic* : Ponsot, 239 ; Pont, 247.)

Le cautionnement est quelquefois dans l'intérêt du créancier. En ce cas, c'est lui et non le débiteur qui doit des dommages-intérêts. Si le débiteur est en faute de n'avoir pas acquitté la dette, le créancier est encore plus coupable d'avoir, par des poursuites trop rigoureuses, causé un préjudice à la caution, qui ne s'était obligée que pour lui rendre service. (*Vide* : Pont, 246.)

V. — Le recours de la caution, exercé par l'action *mandati*, comprend tous les chefs d'indemnité de l'article 2028. Il les comprend également lorsqu'il s'exerce par l'action *negotiorum gestorum*, pourvu toutefois que l'utilité du paiement soit démontrée. Il n'y a, en effet, d'autre différence entre ces deux actions, que dans l'une le paiement est réputé utile, tandis que dans l'autre cette utilité doit être justifiée.

Le recours de la caution est-il aussi étendu lorsqu'elle agit par l'action du créancier que la subrogation lui a transmise? Il faut distinguer. Si l'indemnité totale que le fidéjusseur peut réclamer en vertu de l'article 2028 ne dépasse pas la somme que le créancier aurait pu réclamer au débiteur principal en vertu de sa créance, le fidéjusseur obtiendra, au moyen de la subrogation, tout ce que lui donnerait l'action qui lui appartient en propre. Dans le cas contraire, le recours de l'article 2029 sera moins étendu que celui de l'article 2028, parce que la caution ne peut faire valoir les droits du créancier que dans la mesure où celui-ci les aurait exercés lui-même.

§ 4. — *A quelles conditions s'exerce le recours de la caution (art. 2034)?*

La caution qui a payé le créancier, jouit d'un recours contre le débiteur principal, parce qu'elle a libéré ce dernier d'une obligation qu'il aurait dû acquitter lui-même, c'est-à-dire parce qu'elle a bien géré les affaires du débiteur. Il en résulte que les conditions du recours de l'article 2028, se résument dans les deux propositions suivantes : 1^o il faut que la caution ait payé ; 2^o il faut que ce paiement ait été utilement fait.

Il faut, en premier lieu, que la caution ait payé. L'expression *payé* a, en cette matière, un sens large, et embrasse tous les sacrifices que la caution a pu s'imposer pour libérer le débiteur. Ainsi, elle jouit du recours de l'article 2028, lorsqu'elle a nové la dette, qu'elle l'a compensée avec ce que le créancier lui devait, ou qu'elle l'a éteinte par une *datio in solutum*. Elle jouit encore de ce recours, lorsque le créancier lui a donné quittance, avec l'intention de la gratifier de la valeur de la créance. Le sacrifice consiste ici, pour la caution, à n'avoir

pas touché le montant de la libéralité. (*Sic* : Troplong, 333 et 336; Pont, 231-232; Cass., 7 mars 1876.)

Mais la caution n'a pas de recours si le créancier lui donne quittance dans l'unique but de la décharger de son obligation, ou dans le double but de la décharger et de décharger le débiteur principal en même temps. Dans le premier cas, en effet, elle n'a pas libéré le débiteur, et, dans le second, elle l'a libéré sans s'imposer aucun sacrifice. (*Sic* : Troplong, 334; Pont, 232.)

Le fidéjusseur n'est réputé avoir payé, qu'autant que l'opération juridique qui constitue le paiement ou qui en tient lieu, réunit les conditions intrinsèques nécessaires à sa validité. Quand il paie ou fait une *datio in solutum* avec un objet qui ne lui appartenait pas, il n'y a en réalité ni paiement ni *datio*, le débiteur principal n'est pas libéré et le fidéjusseur n'a pas de recours. (*Sic* : Pont, 249.)

Il faut, en second lieu, que le paiement ait été utilement fait. Un paiement utile est celui qui libère le débiteur principal. Toutes les fois que celui-ci ne peut échapper aux poursuites du créancier qu'en invoquant l'acquittement de la dette par la caution, il y a paiement utile. Est-ce à dire qu'un fidéjusseur, qui s'est inutilement imposé un sacrifice pour éteindre la dette, n'ait jamais de recours? Non, et la lecture de l'article 2031 nous suggère des hypothèses où il peut invoquer l'article 2028, bien qu'en payant le créancier, il n'ait pas libéré le débiteur principal. Aux deux conditions auxquelles nous avons soumis la jouissance du recours de l'article 2028, il faut ajouter cette remarque : Le paiement est réputé utile toutes les fois que le défaut d'utilité n'est pas imputable à une faute de la caution.

Le paiement fait par la caution est inutile, soit parce que le débiteur principal jouissait antérieurement d'une exception péremptoire, soit parce que, n'ayant pas connaissance de ce paiement, il ne l'a pas invoqué et a acquitté la dette une se-

conde fois. Cette dernière hypothèse est prévue par la première partie de l'article 2031.

La caution qui a payé la dette sans avertir le débiteur principal, n'a point de recours contre lui, s'il paie une seconde fois. Elle est en faute aux yeux du législateur, car le débiteur principal ne pouvait pas deviner sa libération. Tout fidéjusseur qui acquitte la dette doit donc en informer le débiteur, sans distinguer s'il s'est engagé sur le mandat ou à l'insu de celui-ci. Mais cet avertissement n'est assujéti par l'article 2031 à aucune formalité spéciale ; il peut être donné par écrit ou verbalement, et la preuve peut en être faite par tous les moyens reconnus par la loi. (*Sic* : Ponsot, 250 ; Troplong, 381 ; Pont, 254.)

Supposons maintenant que le débiteur ait acquitté la dette et que la caution, ignorant ce fait, l'acquitte de nouveau ; aura-t-elle le recours de l'article 2028 ? En d'autres termes, le débiteur principal est-il tenu par réciprocité d'avertir la caution, lorsqu'il paie le créancier ? En droit romain, Ulpien admettait l'affirmative, et, dans notre ancien droit, Pothier l'enseignait également. Aujourd'hui, en présence de l'article 2031, il faut dire qu'il n'y a pas là pour lui une obligation absolue. Le fidéjusseur acquitte-t-il spontanément la dette, le débiteur n'est pas en faute ; c'est la caution qui a eu tort de ne pas s'informer auprès de lui, avant de payer. Le fidéjusseur acquitte-t-il la dette sur les poursuites du créancier, c'est alors le débiteur principal qui est coupable de ne lui avoir pas donné connaissance du paiement qu'il avait fait auparavant. Toutefois, dans ce dernier cas, bien que l'article 2031 ne le dise pas, la culpabilité du débiteur suppose en outre que la caution ne s'était pas engagée à son insu. Une personne, en effet, n'est en faute qu'autant qu'il était en son pouvoir de prévenir le dommage que sa prétendue faute a causé, et le débiteur, ignorant l'engagement de la caution, n'avait aucun moyen de l'empê-

cher de payer une seconde fois. (*Sic* : Pont, 255. *Contra* : Troplong, 382. *Vide* : Lyon, 14 mai 1857.)

Lorsque le paiement émane d'un fidéjusseur, celui-ci est donc toujours en faute de ne pas avertir le débiteur ; lorsqu'il émane du débiteur, celui-ci n'est en faute qu'autant qu'il savait l'existence du cautionnement et que la caution paie de son côté sur les poursuites du créancier. La responsabilité de l'un est donc plus rigoureuse que celle de l'autre. Cela tient à ce que le fidéjusseur connaît toujours le débiteur principal, tandis que ce dernier peut ignorer que son obligation soit garantie par un fidéjusseur.

Le paiement fait par la caution est inutile, parce que le débiteur principal jouissait antérieurement d'une exception péremptoire qui le mettait à l'abri des poursuites du créancier. Si la caution a payé connaissant l'existence de cette exception, le recours de l'article 2028 lui sera toujours refusé. Ainsi, la dette cautionnée est un prix de vente, et l'acquéreur a été évincé ; la caution a appris cette éviction et néanmoins elle paie le vendeur. Elle ne pourra pas agir contre l'acquéreur. Il en serait de même alors que l'exception, négligée sciemment par la caution, serait de celles qu'un débiteur honnête hésite à invoquer, par exemple, l'exception tirée de la prescription. Quels que soient ses scrupules, la caution doit opposer la prescription au créancier, ou bien mettre en cause le débiteur principal qui agira comme bon lui semblera. (*Sic* : Ponsot, 246-247 ; Pont, 250-251.)

La caution a payé, ignorant l'exception péremptoire qui appartenait au débiteur. A qui est alors imputable l'inutilité du paiement ? Cette question est résolue par l'article 2031 2°. Lorsque la caution a payé spontanément, elle n'a aucun recours. Puisqu'elle a pris l'initiative du paiement, elle avait tout le temps nécessaire pour s'informer auprès du débiteur de sa situation vis-à-vis du créancier. Comme elle ne l'a pas fait, elle est coupable de négligence et elle en sera punie par

la déchéance de l'article 2031. (*Sic* : Ponsot, 248; Troplong, 384; Pont, 256.)

Lorsque la caution a payé sur les poursuites du créancier, elle conserve son action contre le débiteur. L'article 2031 ne la déclare en faute qu'à ces deux conditions : qu'elle n'ait pas averti le débiteur et qu'elle ne soit pas poursuivie par le créancier; du moment que l'une de ces conditions disparaît, sa responsabilité disparaît également. Le législateur a considéré que les poursuites du créancier lui donnaient juste sujet de croire au maintien de l'obligation principale. (*Sic* : Ponsot, 249; Troplong, 383; Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 17.)

Cependant, certains auteurs refusent tout recours à la caution qui a payé ignorant la libération du débiteur, même dans le cas où ce paiement aurait eu lieu sur les poursuites du créancier. Le principal argument sur lequel ils s'appuient, est tiré de l'article 1640 du Code civil. Dans cet article, il s'agit d'un acheteur qui, actionné en revendication, se laisse condamner par un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, sans avoir mis son vendeur en cause, et alors que ce vendeur avait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande. Cet acheteur est privé de tout recours en garantie. Or, dit-on, la caution qui paie sur les poursuites du créancier, lorsque le débiteur principal a les moyens de faire déclarer la dette éteinte, est dans la même situation que l'acheteur de l'article 1640, et, comme celui-ci, elle doit être privée de recours.

Cette opinion a d'abord contre elle le texte de l'article 2031. Du moment que la caution ne perd son recours qu'à ces deux conditions, de n'être pas poursuivie par le créancier et de n'avoir pas averti le débiteur, la défaillance de l'une d'elles suffit à lui conserver le bénéfice de l'article 2028. En second lieu, la disposition de l'article 1640 s'explique par ce fait qu'un acheteur a souvent intérêt à être évincé, et qu'une collusion est à craindre entre lui et le revendiquant. Ce sujet de dé-

fiance n'existe pas en matière de cautionnement, car la caution ne trouve aucun avantage à payer le créancier, pour agir ensuite contre le débiteur. Enfin, cette opinion est contraire aux décisions du droit romain et de notre ancienne jurisprudence. Ulpien et Pothier donnaient un recours au fidéjusseur qui payait sur les poursuites du créancier, alors même que le débiteur aurait déjà acquitté la dette. (*Sic* : Ponsot, 249 ; Troplong, 385-386 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 17.)

Cependant, nous admettrons la solution que nous venons de combattre, lorsque, la caution s'étant engagée à l'insu du débiteur, celui-ci a toujours ignoré l'existence du cautionnement. On ne saurait, dans ce cas, lui reprocher de n'avoir pas donné connaissance de l'extinction antérieure de la dette ; il ne doit donc pas être responsable de l'inutilité du paiement fait par la caution. (*Sic* : Pont, 258)

La caution n'est pas en faute, lorsqu'elle a négligé d'invoquer une exception qui lui est personnelle, et dont le débiteur ne peut pas se prévaloir. Ainsi elle s'est engagée en état de minorité, ou elle est devenue créancière du créancier, et elle paie sans demander la rescision, ou sans opposer la compensation. Elle aura un recours contre le débiteur, car celui-ci n'en est pas moins libéré par le paiement. (*Sic* : Pont, 252.)

Lorsque le débiteur principal jouit d'une exception simplement dilatoire, le paiement fait par la caution ne compromet pas l'existence du recours de l'article 2028. Seulement ce recours est provisoirement suspendu. La caution ne pourra l'exercer qu'au moment où l'exception dilatoire aura cessé d'exister au profit du débiteur.

La caution, qui a payé et qui encourt la déchéance de l'article 2031, jouit d'une *condictio indebiti* contre le créancier, car celui-ci ne doit pas toucher deux fois le montant de la même créance. Cependant l'exercice de cette *condictio* ne sera pas toujours possible. Par exemple, si la caution a payé une dette prescrite, le créancier n'est tenu envers elle à au-

cune restitution, puisque la prescription n'empêche point la validité du paiement. (*Sic* : Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 18.)

§ V. — *Par quelle prescription s'éteint le recours de la caution ?*

L'action que la caution acquiert par subrogation, est quelquefois temporaire; elle s'éteint alors par le laps de temps qui restait à courir pour que l'effet extinctif du terme fût acquis contre le créancier. Ainsi l'hypothèque légale du mineur dure dix ans à compter de sa majorité; la caution d'un tuteur, qui paie le pupille cinq ans après le jour où le pupille devient majeur, ne pourra exercer les droits hypothécaires de celui-ci que pendant les cinq années suivantes.

L'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* n'est soumise à aucune prescription particulière; elle dure donc trente ans, d'après l'article 2262. Il en serait ainsi, alors même que cette action aurait pour objet la répétition des intérêts dus par le débiteur et que la caution a payés au créancier. Ces intérêts représentent un capital déboursé. (*Sic* : Ponsot, 245; Tropolong, 353-354; Pont, 260; Cass., 22 janv. 1828; Nancy, 21 août 1826; Caen, 7 août 1840. *Contra* : Lyon, 13 mars 1833.)

Quel est le point de départ de cette prescription de trente ans? C'est, en général, le jour du paiement fait par la caution. Cependant il faut réserver le cas où le paiement a eu lieu avant que la dette ne fût exigible contre le débiteur principal. La prescription ne commence alors à courir que du jour où cette exigibilité aurait commencé. (*Sic* : Pont, 259.)

SECTION II.

De l'action en décharge accordée à la caution

(Art. 2032).

En général, c'est le paiement qui autorise la caution à agir contre le débiteur principal, parce que c'est le paiement seul qui constitue pour elle un préjudice. Cependant le législateur juge que, dans certains cas, la simple prolongation de son obligation suffit pour causer à la caution un dommage sérieux, et il lui permet alors d'agir contre le débiteur sans avoir payé. Cette action, appelée par les jurisconsultes *action en décharge*, fait l'objet de l'article 2032.

La disposition de l'article 2032 n'est point une innovation du Code civil. Déjà, dans les lois romaines, on trouve des textes qui autorisent le fidéjusseur à recourir contre le *reus*, avant d'avoir payé. Les décisions de ces textes ont été maintenues par notre ancien droit, et l'article 2032 les a reproduites, en y apportant quelques modifications.

§ 1. — *Quelles cautions jouissent de l'action en décharge ?*

L'action en décharge est accordée à la caution, même salariée, qui s'est engagée sur le mandat du débiteur principal.

Elle appartient également à la caution qui s'est engagée à l'insu du débiteur. Cette dernière décision est contestée. Cependant une telle caution n'en est pas moins obligée dans l'intérêt d'autrui, et les circonstances qui ont accompagné son engagement n'enlèvent pas au cautionnement son caractère de contrat de bienfaisance. (*Sic* : Ponsot, 276 ; Troplong, 442 ; Aubry au Rau, tom. iv, § 427, note 20. Contrat : Pont, 303.)

L'action en décharge appartient également à la caution solidaire. Cette caution ne prend le rôle d'obligé principal, qu'en face du créancier ; vis-à-vis du débiteur principal elle conserve le rôle d'obligé accessoire. Nous devons même aller plus loin et décider que l'action en décharge appartient encore aux codébiteurs solidaires, qui n'ont contracté que dans l'intérêt exclusif de l'un deux. L'article 1216 les qualifie de cautions, et à ce titre ils sont protégés par l'article 2032. (*Sic* : Ponsot, 276 ; Troplong, 443-444 ; Pont, 304 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 19.)

Mais l'article 2032 ne profite pas aux fidéjusseurs qui ne jouissent jamais du recours de l'article 2028, c'est-à-dire aux fidéjusseurs obligés *in rem suam*, ou *donandi animo*. Il ne profite pas non plus à la caution qui s'est engagée malgré le débiteur, ou dans l'intérêt du créancier. L'action en décharge est fondée sur le lien de mandat ou de gestion d'affaires, qui unit la caution au débiteur, et ce lien n'existe pas dans ces divers cautionnements. (*Sic* : Ponsot, 275 ; Troplong, 444 ; Pont, 303.)

Nous n'accordons pas non plus à la caution réelle le bénéfice de l'article 2032. La caution réelle peut invoquer l'article 2037, parce que cet article reproduit la règle de droit commun des articles 1382-1383 ; mais l'article 2032 est, au contraire, une disposition exceptionnelle. En principe, l'engagement accessoire doit durer autant que l'engagement principal. Le législateur fait une exception, quand l'engagement accessoire

est un cautionnement ; cette exception ne peut pas, dans le silence de la loi, être étendue à un autre contrat. (*Sic* : Pont, 298. *Contra* : Ponsot, 46 ; Troplong, 416.)

§ 2. — *Contre qui la caution exerce-t-elle l'action en décharge ?...*

La caution qui a garanti l'obligation contractée conjointement par plusieurs débiteurs, peut exiger que chacun d'eux la décharge dans la mesure de sa part. Si l'obligation principale a été contractée par plusieurs débiteurs solidaires, la caution qui les a tous cautionnés a le droit d'exiger de chacun d'eux sa décharge complète. Dans l'un et l'autre cas, il y a analogie entre le recours de l'article 2028 et celui de l'article 2032.

Lorsque la caution n'a garanti qu'un seul des débiteurs solidaires, elle peut bien exercer pour le tout contre lui l'action en décharge, mais elle en est entièrement privée contre les autres, quoiqu'elle jouisse contre eux du recours de l'article 2028 jusqu'à concurrence de leur part. Cette différence tient à ce que l'article 2028, étant une application d'un principe de droit commun, s'étend à toutes les hypothèses où ce principe peut être invoqué, tandis que l'article 2032, étant une disposition d'exception, n'a d'effet qu'entre la caution et le débiteur principal.

Une autre différence existe encore entre le recours de l'article 2032 et celui de l'article 2028 ; c'est que le premier n'est pas garanti par le bénéfice de subrogation. La subrogation aux droits du créancier suppose nécessairement le paiement de la créance, tandis que la caution invoque l'article 2032 précisément parce qu'elle n'a pas encore payé. Mais rien ne s'op-

pose à ce que la caution fasse usage des sûretés qui lui appartiennent en propre. Par exemple, une femme mariée a-t-elle garanti une dette de son mari? En cas de faillite ou de déconfiture de celui-ci, elle peut non seulement demander sa décharge en vertu de l'article 2032 2°, mais aussi invoquer de ce chef l'hypothèque légale que lui confère l'article 2121. (*Sic* : Pont, 288; Cass. 24 mars 1869, 19 nov. 1872; Nancy, 20 déc. 1871.)

§ 3. — *Quel est l'objet de l'action en décharge?*

Cet objet consiste dans la libération de la caution. L'article 2032 permet à la caution d'agir contre le débiteur principal, *ut liberetur*; mais il ne l'autorise pas à procéder *de plano* aux voies d'exécution sur ses biens. Tant qu'elle n'a pas obtenu une condamnation, elle ne peut user que de la mesure conservatoire de la saisie-arrest. On a bien essayé de soutenir que l'article 2032 n'était pas rédigé en termes restrictifs, et que la caution, soumise à des poursuites rigoureuses de la part du créancier, avait le droit d'exercer ces mêmes poursuites contre le débiteur. On répond à cela que l'article 551 du Code de procédure ne permet une saisie mobilière ou immobilière qu'en vertu d'un titre exécutoire, et que la caution ne possède pas de titre exécutoire, tant qu'elle n'a pas fait condamner le débiteur en justice. (*Sic* : Ponsot, 279; Troplong, 392; Pont, 299; Bordeaux, 22 février 1832.)

La caution qui invoque l'article 2032 demande donc à être libérée, et non à être indemnisée, comme le dit à tort notre article. Cependant, lorsque le débiteur principal ne procure pas la décharge qui lui est réclamée, le recours de l'article 2032 aboutit contre lui à une condamnation à l'effet d'indemniser la caution du préjudice que lui cause la continuation de

son engagement. L'expression du législateur n'est donc pas d'une inexactitude absolue. Cette condamnation consistera dans la consignation d'une somme d'argent égale au montant de l'obligation principale. Toutefois, les juges ne sont point tenus d'exiger dans tous les cas cette consignation; ils pourront obliger la caution à se contenter, par exemple, d'un gage ou d'une hypothèque, s'ils trouvent ces sûretés suffisantes. (*Sic* : Pont, 300; Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 21.)

§ 4. — *Dans quels cas la caution jouit-elle de l'action en décharge ?*

L'article 2032 énumère cinq hypothèses, dans lesquelles le législateur autorise l'exercice de l'action en décharge. *La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée :*

I. — *Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement.* En droit romain, le fidéjusseur ne pouvait recourir contre le *reus* qu'après avoir été condamné. Nos anciens jurisconsultes se montrèrent moins exigeants; Pothier donne à la caution le droit de demander sa décharge au débiteur, du moment que le créancier a commencé des poursuites contre elle. Les rédacteurs du Code civil ont pensé que le simple fait des poursuites suffisait à compromettre les intérêts de la caution, et ont consacré la doctrine de Pothier.

Le débiteur principal, actionné en vertu de l'article 2032 1°, devra payer immédiatement le créancier, ou envoyer au fidéjusseur les fonds nécessaires à l'acquittement de la dette. S'il se laisse condamner, sans prendre ni l'un ni l'autre de ces deux partis, ses biens seront saisis et vendus par le fidéjus-

seur, qui paiera le créancier avec le prix qu'il en retirera. Remarquons cependant que l'article 2032 4°, offrira rarement à la caution un secours efficace. Le créancier n'est pas obligé de suspendre ses poursuites, pour lui laisser le temps d'agir contre le débiteur. Il aura donc le plus souvent obtenu une condamnation contre elle, avant qu'elle ait pu contraindre le débiteur à lui procurer sa décharge.

Si l'article 2032 4° ne donne à la caution qu'une protection bien précaire, il arrivera rarement aussi que la caution soit réduite à en invoquer la disposition. Puisque le créancier exerce des poursuites contre elle, c'est que la dette est exigible, et par conséquent elle aura pu, antérieurement à ces poursuites, demander sa décharge en vertu de l'article 2032 4°. En un mot, le cas d'application du 4° rentre dans les hypothèses prévues par le 4° de notre article.

Enfin, en supposant même que la caution soit dans la nécessité d'invoquer l'article 2032 4°, et que le créancier ne lui laisse pas le temps de s'en prévaloir utilement, elle aura encore la ressource de demander la discussion du débiteur. Si elle ne jouit pas de ce bénéfice, elle pourra, comme *ultima ratio*, invoquer l'exception dilatoire de garantie et mettre le débiteur principal en cause. Alors le même jugement qui condamnera la caution à payer le créancier, condamnera aussi le débiteur à indemniser la caution. (*Sic* : Ponsot, 264; Troplong, 393-394; Pont, 282-285.)

II. — *Lorsque le débiteur est en faillite ou en déconfiture.* Le sens de la disposition de l'article 2032 2° donne lieu à quelques difficultés. La caution peut-elle produire au passif de la faillite ou de la déconfiture concurremment avec le créancier, ou n'y peut-elle produire que dans le cas où le créancier ne se présente pas? Dans une opinion, on soutient que la créance du créancier et celle de la caution sont deux créances distinctes, et que par suite celui-là pourra paraître au

passif pour la totalité de l'obligation principale et celle-ci pour la partie de la dette qui forme le complément du dividende que touchera le créancier. Ainsi, une dette de 40,000 francs est garantie par un cautionnement; le débiteur tombe en faillite et il y a un dividende de 50 pour 100. Le créancier qui figure au passif pour 40,000 francs, touchera 20,000 francs. La caution, qui sera obligée de lui payer les autres 20,000 francs, y paraîtra aussi pour cette somme, et touchera de son côté 10,000 francs.

Cette opinion nous paraît tout à fait inadmissible. Elle aboutit à ce résultat injuste de faire payer par la faillite 75 pour 100 sur la créance cautionnée, tandis qu'elle ne paie que 50 pour 100 sur les autres. Or, comme le failli ne devait qu'une fois cette créance, elle ne doit figurer qu'une seule fois au passif. La doctrine que nous repoussons aboutit encore à traiter plus favorablement la caution qui n'a rien payé, que celle qui aurait déjà acquitté la dette. Supposons en effet, qu'avant la faillite le créancier eût été désintéressé par la caution, celle-ci produirait au passif pour le total de la dette, et, comme elle ne toucherait, qu'un dividende de moitié, elle serait en perte de 20,000 francs. Si, au contraire, le créancier n'est pas payé, il touchera un dividende de 20,000 francs; la caution de son côté en touchera un autre de 10,000, en sorte qu'elle ne sera en perte que de 10,000 francs.

L'article 2032 2° donne donc simplement, à la caution qui n'a pas encore payé, le droit de produire pour la totalité de la dette au passif de la faillite ou de la déconfiture du débiteur, lorsque le créancier ne se présente pas. Les intérêts de la caution sont, en effet, compromis, parce qu'il est à peu près certain que le créancier agira plutôt contre elle que contre le débiteur dont la fortune ne sera probablement pas rétablie lors de l'échéance de la dette. Mais si le créancier produit au passif, la caution n'a plus lieu d'invoquer l'article 2032 2°, car la même créance ne peut pas donner droit à deux dividendes. (*Sic* : Ponsot, 266; Troplong, 396; Pont, 286-287.)

Lorsque la caution figure à la faillite en vertu de l'article 2032 2°, doit-elle remettre immédiatement le dividende qu'elle touche entre les mains du créancier? Oui, si la dette est actuellement exigible. Mais, dans le cas contraire, la caution peut, si elle le juge à propos, jouir de ce dividende jusqu'à l'échéance, pourvu, toutefois, que les intérêts du créancier ne courent pas de risques. La faillite ou la déconfiture du débiteur n'enlèvent pas à la caution le bénéfice du terme. (*Sic* : Pont, 288. *Vide* : Colmar, 8 juin 1858; Paris, 8 janv. 1859. *Contra* : Grenoble, 3 août 1853.)

En droit romain et dans notre ancien droit, il suffisait, pour donner lieu au recours anticipé du fidéjusseur, que le débiteur dilapidât son patrimoine, c'est-à-dire que sa déconfiture fût imminente; et des auteurs soutiennent qu'il en est de même aujourd'hui. Mais, par ces expressions: *lorsque le débiteur est en faillite ou en déconfiture*, l'article 2032 2° exige bien une faillite ou une déconfiture actuelles et non pas seulement prochaines. Comme l'action en décharge est un secours exceptionnel, les dispositions légales qui le consacrent ne sauraient être étendues par voie d'analogie. (*Sic* : Pont, 289. *Contra* : Troplong, 395.)

III. — *Lorsque le débiteur s'est obligé de lui* (à la caution) *rapporter sa décharge dans un certain temps*. Cette disposition de l'article 2032 3° n'est que l'application de ce principe, que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Il n'y a pas à distinguer si la promesse faite par le débiteur de rapporter à la caution sa décharge, est intervenue au moment même du cautionnement, ou à une époque postérieure. Dans les deux cas, cette promesse lie également les parties. Il en était autrement en droit romain; le pacte de décharge fait par le *reus* ne permettait au fidéjusseur d'agir au temps convenu, qu'autant qu'il était intervenu au moment même ou la fidéjussion se réalisait. C'était la conséquence du

principe que les pactes ajoutés *in continenti* à un contrat de droit strict étaient seuls sanctionnés par l'action de ce contrat.

Dans notre ancien droit, quelques jurisconsultes, tout en admettant la règle qu'a consacrée l'article 2032 3°, la repoussaient dans le cas où le cautionnement garantissait un contrat de rente perpétuelle. Il faut se rappeler qu'à cette époque le prêt à intérêt n'était pas permis directement, mais seulement sous la condition d'aliéner le capital, par la constitution d'une rente perpétuelle, et qu'une telle rente n'était pas rachetable. Or, disaient ces jurisconsultes, l'aliénation du capital n'est pas sérieuse, si l'on permet à la caution d'un contrat de rente de stipuler que l'emprunteur lui rapportera sa décharge dans un certain délai; on donnerait ainsi au prêteur un moyen commode d'éluder le principe de la perpétuité de la rente et la prohibition du prêt à intérêt. Néanmoins, Dumoulin et Pothier enseignaient que, même en ce cas, la promesse de décharge faite par le débiteur donnait à la caution le droit d'exiger sa libération. Dumoulin disait qu'il était bien de l'essence du contrat de rente que le créancier n'eût pas le droit d'exiger le rachat du débiteur, mais que rien ne s'opposait à ce que ce droit appartînt à un tiers. Aujourd'hui, cette controverse ne peut plus être soulevée, car, d'après l'article 1905, le prêt à intérêt est permis, et, d'après les articles 530 et 1914, les rentes perpétuelles sont rachetables. (*Sic* : Ponsot, 267; Troplong, 397.)

IV. — *Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée.* Les jurisconsultes romains autorisaient le fidéjusseur à agir sans avoir payé, *si diu in solutione reus cessavit*, lorsqu'il s'était écoulé un certain temps depuis l'échéance de la dette, sans que le débiteur se fût mis en mesure de l'acquitter. L'article 2032 4° se montre plus favorable à la caution, en lui permet-

tant de demander sa décharge dès l'échéance de la dette. Le législateur a pensé qu'en s'engageant, la caution avait dû compter sur sa libération au jour de l'arrivée du terme, et qu'elle ne devait pas rester plus longtemps obligée par la négligence du débiteur. Elle a le droit d'invoquer l'article 2032 4°, alors même que le débiteur aurait obtenu du créancier une prorogation de terme. L'article 2039 déclare, en effet, que cette prorogation ne décharge point la caution, *qui peut en ce cas poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.*

Le cautionnement peut garantir une obligation périodique, telle que celle qui résulte d'un contrat de bail ou d'une constitution de rente. A l'échéance de chaque terme de loyer ou de chaque terme d'arrérages, la caution exercera le recours de l'article 2032 4°, à l'effet de contraindre le débiteur à payer les loyers ou les arrérages échus. (*Sic* : Troplong, 398 ; Pont, 294-292.)

V. — *Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.* — L'article 2032 5° suppose que le cautionnement garantit une obligation principale dont l'extinction est incertaine, et qui est en même temps de nature à pouvoir toujours être éteinte. En pareil cas, le législateur permet à la caution dont l'engagement dure depuis dix ans, de demander sa décharge au débiteur principal.

Nous disons d'abord que l'article 2032 5° suppose une obligation principale dont l'extinction est incertaine. Le texte parle d'obligation *qui n'a point de terme fixe d'échéance*. Une obligation présente ce caractère, soit parce qu'il y a incertitude sur son extinction même, soit parce que l'incertitude ne porte que sur la date de son extinction. Or, l'article 2032 5° ne vise pas les obligations dont la date d'extinction seule est incer-

taine, parce que la caution ne peut pas priver le débiteur principal du bénéfice du terme, aussi bien du terme incertain que du terme certain; c'est ce qui résulte formellement de l'article 2032 4°. Nous disons, en second lieu, que l'article 2032 5° suppose une obligation principale qui soit de nature à pouvoir toujours être éteinte. Cette condition découle de la disposition finale de notre article, et se justifie sans peine. En effet, lorsqu'une dette ne peut pas être éteinte avant un temps déterminé, la caution qui demanderait sa décharge avant ce temps, demanderait l'impossible; comment pourrait-elle obtenir sa libération d'un débiteur principal qui ne peut pas se libérer lui-même? Le type de ces obligations, dont l'extinction est incertaine et qui sont de nature à pouvoir toujours être éteintes, nous le trouvons dans les rentes, la rente foncière et la rente constituée. (*Sic* : Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 22.)

L'article 2032 5° n'est donc qu'une nouvelle application de cette règle du droit romain, d'après laquelle le fidéjusseur peut agir contre le *reus*, *si diu in solutione reus cessavit*. Le capital de la rente n'est pas exigible en ce sens que le créancier n'a jamais le droit d'en réclamer le remboursement, mais il est exigible en ce sens que le débiteur a toujours la faculté de le rembourser. On peut par conséquent dire du débirentier qui reste dix ans sans racheter la rente, *diu in solutione cessavit*. Il dépend uniquement de lui d'éteindre ou de proroger son obligation, et, par suite, d'éteindre ou de proroger l'obligation de la caution. Le législateur ne veut pas que la caution soit ainsi à la merci du débiteur principal; voilà pourquoi il l'autorise à exercer au bout de dix ans une action en décharge. (*Sic* : Ponsot, 271; Troplong, 405; Pont, 294.)

Dumoulin ne permettait jamais au fidéjusseur d'une rente de demander sa libération, quel que fût le temps depuis lequel il était engagé, tandis que Pothier lui accordait au contraire cette faculté. Ce qui faisait ici la difficulté, c'est que, dans notre ancien droit, les rentes n'étaient pas rachetables. L'opinion

de Dumoulin se déduisait logiquement du principe de la perpétuité des rentes, celle de Pothier le violait indirectement. Pothier sortait des termes des lois romaines, *si diu in solutione reus cessavit*, et interprétait cette maxime comme si elle était ainsi formulée : *Si diu in obligatione reus steterit*. Aujourd'hui que les articles 530 et 1911 déclarent toutes les rentes rachetables, l'article 2032 5°, qui consacre la doctrine de Pothier, est en parfait accord avec les principes du Code civil.

Notre ancien droit, pas plus que le droit romain, n'avait précisé le délai compris dans le mot *diu*, et après lequel le fidéjusseur pouvait demander sa décharge. Certains jurisconsultes avaient donné à ce délai une durée de deux ou trois ans; d'autres une durée de dix ans, et même de trente ans. L'article 2032 5° l'a fixé définitivement à dix ans.

Quand l'obligation principale doit, par sa nature, durer un certain temps, l'article 2032 5° *in fine* refuse à la caution, même après dix années, le droit de demander sa décharge, si ce temps n'est pas expiré. La caution d'un mari, d'un tuteur, d'un usufruitier, d'une rente viagère, ne peut exercer le recours de l'article 2032 qu'après la dissolution du mariage, la fin de la tutelle, la mort de l'usufruitier ou celle de la personne sur la tête de qui la rente est établie. Nous ne pensons pas non plus que la caution puisse se prévaloir de l'article 2032 5°, quand le débiteur principal est un fonctionnaire ou un employé. Il est vrai que le débiteur a le pouvoir de faire cesser son obligation en donnant sa démission; mais il serait exorbitant d'accorder à la caution le droit de le contraindre à quitter ses fonctions et à briser ainsi sa carrière. Le cautionnement ne serait plus un service pour le débiteur principal, mais une menace permanente contre lui. (*Sic* : Ponsot, 270; Troplong, 403-404; Pont, 295-296; Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 23.)

Lorsqu'une rente a été stipulée non rachetable pendant un cer-

tain délai, ce n'est qu'à l'expiration de ce délai que commencent les dix années après lesquelles la caution peut demander sa décharge. Ainsi, une rente foncière a été stipulée non rachetable pendant 30 ans, ou une rente constituée pendant 40 ans; la caution ne sera en droit de se faire décharger par le débi-rentier qu'après 40 ans dans le premier cas, et 20 ans dans le second. En effet, pendant les trente ou les dix premières années, la rente n'est pas une obligation de nature à pouvoir toujours être éteinte; elle ne remplit donc pas les conditions exigées par l'article 2032 5°.

Une constitution de rente a été garantie par un cautionnement. Au bout de dix ans, la caution ne demande pas sa décharge au débiteur, elle préfère rembourser au créancier le capital de la rente. Peut-elle se faire rembourser à son tour ce capital par le débiteur? Il existe sur ce point deux opinions absolues; l'une permet toujours à la caution, et l'autre ne lui permet jamais de réclamer le capital qu'elle a payé. Nous rejetons la première, parce qu'il est possible que le rachat de la rente constitue un préjudice pour le débiteur principal, et que ce préjudice doit retomber sur la caution. Nous rejetons également la seconde, parce qu'il est possible qu'en rachetant la rente, la caution ait bien géré l'affaire du débiteur, et qu'alors elle a droit au remboursement de ses dépenses, en vertu de l'article 1375. A notre avis, la caution qui rembourse après dix ans le capital de la rente, jouit d'un recours, du moins en principe; elle peut dire qu'en vertu de l'article 2032 5°, elle avait le droit de demander sa décharge, et qu'en rachetant la rente, elle a simplement fait ce qu'elle aurait pu pour forcer indirectement le débiteur à faire. Mais ce recours ne s'exercera ni par l'action du créancier ni par l'action *mandati*. La caution n'est pas subrogée aux droits du créancier; par suite du cautionnement, elle est bien tenue, *pour le débiteur*, du paiement des arrérages, mais non du paiement du capital de la rente. En payant ce capital, elle se met dans la situation d'un tiers qui paie la dette d'autrui; elle peut exiger du créancier une

subrogation conventionnelle, en vertu de l'article 1250 1^o, et ne bénéficie plus des articles 1254 3^o et 2029. La caution n'a pas l'action *mandati*, alors même qu'elle se serait engagée sur le mandat du débiteur, parce que le cautionnement garantit le paiement des arrérages, et non du capital de la rente. Elle ne jouit donc que d'une action de gestion d'affaires, et elle n'obtiendra son remboursement qu'en justifiant de l'utilité du rachat. Si le rachat est avantageux pour le débiteur, celui-ci devra indemniser la caution; s'il constitue pour lui un préjudice: par exemple, si, sans racheter la rente, le débiteur avait eu les moyens de procurer à la caution sa décharge, il n'aura pas à l'indemniser. La caution sera alors considérée comme un cessionnaire du crédi-rentier, et c'est à elle que le débiteur paiera désormais les arrérages. (*Sic* : Ponsot, 272. *Contra* : Pont, 301. *Vide* : Troplong, 406-407.)

La caution devra toujours être considérée comme le cessionnaire du crédi-rentier, si elle rembourse le capital de la rente avant que son engagement ait duré dix ans. Il en est ainsi alors même qu'elle attendrait, pour agir contre le débiteur principal, le jour où ces dix années auraient expiré. En effet, elle ne peut plus prétendre ici qu'elle a fait ce qu'elle aurait pu pour forcer indirectement le débiteur à faire. Jamais elle n'a eu, avant le remboursement, le droit d'exiger sa décharge, et ce droit, elle s'est mise dans l'impossibilité de l'acquérir désormais, puisqu'elle s'est déchargée elle-même envers le créancier. En un mot, le délai de dix ans n'était pas complet lors du remboursement, et ne peut plus se compléter dans la suite. La caution ne saurait donc agir en répétition contre le débiteur, sous prétexte qu'elle a droit au recours de l'article 2032 5^o. De plus, en permettant à la caution, qui rachète la rente avant les dix ans, de se faire rembourser par le débiteur après ce délai, on mettrait celui-ci à la merci de celle-là. La caution aurait pour elle toutes les bonnes chances. Si l'avenir prouvait que le rachat est avantageux, elle prendrait le rôle de cessionnaire; si,

au contraire, le rachat devenait une opération onéreuse, elle agirait contre le débiteur. Ce dernier serait mal protégé par la nécessité, pour la caution, de justifier de l'utilité du rachat, car, en matière de gestion d'affaires, l'utilité d'une dépense s'apprécie au jour où la dépense a été faite, et non au jour où le *negotiorum gestor* exerce son action en indemnité. (*Sic* : Troplong, 408-409.)

Une dernière question nous reste à résoudre à propos de l'article 2032. L'énumération que fait le législateur, des cas où la caution peut demander sa décharge, est-elle limitative ? Dans notre ancien droit, il y avait beaucoup d'autres hypothèses où le fidéjusseur pouvait agir contre le débiteur principal avant d'avoir payé. Mais, aujourd'hui, l'opinion unanime est que l'énumération de l'article 2032 est limitative. L'action en décharge, nous l'avons dit plusieurs fois, a un caractère exceptionnel. En principe, l'obligation accessoire doit durer autant que l'obligation principale, et une action en recours doit se fonder sur un préjudice actuel, et non sur un préjudice éventuel. Le législateur a cru devoir déroger à cette règle en faveur de la caution ; cette dérogation doit être limitée aux cas pour lesquels elle a été expressément consacrée. Aucune circonstance, autre que celles prévues par l'article 2032, n'autorise donc la caution qui n'a pas payé à exercer un recours anticipé, pas même une inimitié capitale survenue entre elle et le débiteur principal. (*Sic* : Ponsot, 274 ; Troplong, 410 ; Pont, 297.)

CHAPITRE III.

Des effets du cautionnement entre les cofidé- jusseurs

(Art. 2033).

Les cautions qui se sont engagées pour un même débiteur, à propos d'une même dette, sont tenues chacune pour le tout envers le créancier. Si, en théorie, le bénéfice de division apporte un tempérament au lien de solidarité de l'article 2023, en fait, ce bénéfice est à peu près illusoire à cause du soin qu'a le créancier d'en réclamer presque toujours l'abandon. Il arrive donc souvent qu'une seule caution est obligée de payer la totalité de la dette ; dans ce cas, elle jouit d'un recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion.

En droit romain, la loi *Apuleia* accordait l'action *pro socio* à chaque *sponsor* ou *fidepromissor* contre ses *cosponsores* ou ses *cofidepromissores*. Au contraire, le fidéjusseur ne possédait directement aucun recours contre ses cofidéjusseurs ; il ne pouvait agir contre eux que par l'action du créancier, lorsqu'il avait eu soin, avant de payer, d'invoquer le bénéfice *cedendarum actionum*. Cette condition désavantageuse des fidéjusseurs provenait sans doute de la façon étroite avec laquelle les Romains interprétaient le contrat de stipulation. La formule littérale de la fidéjussion indique bien que chaque fidéjusseur promet ce que doit le débiteur principal, mais n'indique pas

qu'il promette ce que doivent les autres. Par conséquent, celui qui acquittait la dette était réputé faire l'affaire du débiteur principal et la sienne propre, mais non celle de ses cofidéjuseurs.

Dans ce raisonnement, il y avait plus de logique apparente que d'équité. En réalité, tous les fidéjuseurs sont tenus également envers le créancier, et celui qui acquitte la dette paie la dette des autres aussi bien que la sienne. Si le sacrifice qu'il s'est imposé profite à tous, il est juste que ce sacrifice soit réparti entre tous. Aussi, contrairement au droit romain, notre ancien droit accordait directement une action *negotiorum gestorum* contre les autres cautions à celle qui désintéressait le créancier. La caution avait en outre la faculté d'invoquer le bénéfice de subrogation, en sorte que son recours était doublement sanctionné, par l'action de gestion d'affaires qui lui appartenait en propre, et par l'action du créancier qu'elle pouvait acquérir.

Sous le Code civil, la situation de la caution vis-à-vis de ses cofidéjuseurs est encore plus favorable. L'article 2029 lui accorde le bénéfice de la subrogation légale ; elle possède donc toujours, de plein droit avec l'action de gestion d'affaires, l'action même attachée à la créance.

§ 4^{er}. — *Entre quels cofidéjuseurs existe le recours de l'article 2033 ?*

Ce recours existe, d'après notre article, entre tous fidéjuseurs qui se sont engagés pour une même dette, à propos d'un même débiteur, sans distinguer si leurs engagements respectifs résultent d'un même acte ou d'actes séparés, ni s'ils ont été réalisés au même moment ou à des époques différentes. Les

cautions, dont l'engagement est postérieur à celui de la caution qui a acquitté la dette, ne peuvent pas échapper à l'article 2033, en prétendant que celle-ci n'a pas dû compter sur leur concours. Le législateur ne s'occupe nullement de la date des cautionnements, et l'acquittement de la dette profite aux fidéjusseurs les plus récents comme aux plus anciens. L'article 2033 n'est, du reste, que l'application de l'article 1214, lequel accorde au débiteur solidaire qui a payé la dette en entier, un recours contre tous ses codébiteurs. Or, comme tous les fidéjusseurs d'une même obligation pour un même obligé sont tenus solidairement, ils sont tous indistinctement soumis au recours de l'article 2033. (*Sic* : Ponsot, 282 ; Troplong, 426 ; Pont, 316.)

Mais la caution, qui a acquitté la dette, ne peut pas recourir contre ses cofidéjusseurs, lorsqu'elle est obligée *in rem suam* ou *donandi animo*. Une telle caution n'a pas plus le droit d'invoquer l'article 2033 que d'invoquer l'article 2028.

Une autre exception à l'article 2033 résulte de l'article 1431. La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de celui-ci ou de la communauté, est réputée n'être que la caution du mari. Il s'ensuit que, si elle se porte caution avec son mari dans l'intérêt de celui-ci ou de la communauté, elle sera réputée n'être que son certificateur. Par conséquent, le mari, après avoir payé la dette entière, ne pourra rien réclamer à sa femme, puisqu'il joue, vis-à-vis d'elle, le rôle d'obligé principal. Cette exception doit être généralisée, car l'article 1431 n'est qu'une application particulière de l'article 1216. Si l'affaire pour laquelle plusieurs cautions se sont obligées, ne concerne que l'une d'entre elles, celle-ci sera considérée comme un *fidejussor principalis* à l'égard des autres, et sera privée contre elle du bénéfice de l'article 2033. (*Sic* : Ponsot, 289. *Vide* : Lyon, 11 juin 1833 ; Paris, 30 déc. 1841.)

La caution qui a acquitté la dette, a un recours contre le certificateur de son cofidéjussor, si ce dernier est insolvable.

Elle a le droit de dire, en effet, que, dans ce cas, le paiement a été utile à ce certificateur, et, de plus, grâce à la subrogation légale, elle a acquis contre lui l'action du créancier. Pour les mêmes motifs, le certificateur d'une caution jouit d'un recours contre les cofidėjusseurs de son *fidejussor principalis* et contre les certificateurs de ces cofidėjusseurs. En un mot, l'article 2033 est invocable par tous ceux au profit de qui le bénéfice de division pourrait exister, contre tous ceux à qui ce bénéfice pourrait être opposable.

Le recours de l'article 2033 existe encore au profit du fidėjusseur d'un codébiteur solidaire contre le fidėjusseur d'un autre codébiteur solidaire. Celui qui acquitte la dette peut également ici prétendre avoir bien géré l'affaire de l'autre, et il possède contre lui une action *negotiorum gestorum* en même temps qu'il jouit de l'action du créancier. Dans cette hypothèse comme dans les hypothèses précédentes, nous nous écartons du texte de l'article 2033, qui ne semble accorder de recours qu'entre cofidėjusseurs d'un même débiteur, pour une même dette. Mais l'argument *a contrario*, qu'on serait tenté de tirer de ce texte, n'est pas fondé, car il ne ramène pas au droit commun. L'article 2033 ne constitue pas une disposition exceptionnelle, c'est la consécration en faveur de la caution du principe général de l'article 1375. Toutes les fois qu'en payant la dette, la caution a fait les affaires d'une autre personne, elle a contre cette personne une action en recours, alors même qu'elle se trouverait en dehors de la lettre de l'article 2033. (*Sic* : Troplong, 441. *Vide* : Pont, 317.)

§ 2. — Quelle est l'étendue du recours de l'article 2033 ?

Cette étendue est fixée par le législateur lui-même : *La caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres*

cautions, chacune pour sa part et portion. C'est dans cette mesure que la caution a fait en réalité l'affaire de chacun de ses cofidéjusseurs; telle doit donc être la mesure de son action. Cette part se détermine comme en matière de bénéfice de division. Elle constitue une part virile, si toutes les cautions ont garanti l'intégralité de la dette, et une part proportionnelle, si elles se sont engagées pour des quotités différentes. Deux cautions ont-elles garanti la totalité d'une dette de 30,000 fr.? La part de chacun sera de 15,000 fr. Ont-elles garanti, l'une toute la dette et l'autre la moitié seulement? La part de la première sera de 20,000 fr. et celle de la seconde de 10,000 fr.

Si l'une des cautions est insolvable, sa part sera répartie sur toutes les autres, y compris celle qui a désintéressé le créancier, et toujours de la même manière que s'il s'agissait du bénéfice de division.

§ 3. — *A quelles conditions est soumis le recours de l'article 2033?*

Il est soumis aux deux conditions suivantes: 1° il faut que la caution ait acquitté la dette; 2° il faut que le paiement ait été fait dans l'un des cas de l'article 2032.

Il faut d'abord que la caution ait acquitté la dette. L'expression *acquitté* a, dans l'article 2033, le même sens large que l'expression *payé* dans l'article 2028. La caution acquitte la dette toutes les fois qu'elle l'éteint en s'imposant un sacrifice. Cette première condition sera donc remplie si la caution compense la dette avec ce que lui doit le créancier ou délègue à celui-ci un de ses propres débiteurs.

Il faut, en second lieu, que le paiement ait été fait dans l'un

des cas énoncés en l'article 2032. Le motif de cette exigence, c'est qu'un fidéjusseur ne doit pas pouvoir imposer à ses cofidéjusseurs un paiement prématuré, et pour cela le législateur ne lui accorde de recours qu'autant qu'il a payé, ayant eu juste sujet de le faire.

Parmi les cinq cas de l'article 2032, il en est trois, les 1^o, 2^o et 4^o, sur lesquels il n'y a pas de difficulté. Tout le monde s'accorde à reconnaître que les poursuites du créancier (art. 2032 1^o), la faillite ou déconfiture du débiteur (art. 2032 2^o) et l'échéance de la dette (art. 2032 4^o) sont pour la caution les plus justes sujets de paiement. Lorsqu'elle acquitte la dette en de telles circonstances, elle peut incontestablement exercer le recours de l'article 2033.

Il est, au contraire, beaucoup moins aisé de comprendre que la caution, qui paie dans les cas prévus par le 3^o et le 5^o de l'article 2032, ait par cela même le droit de recourir contre ses cofidéjusseurs. Néanmoins, la plupart des auteurs s'inclinent devant les déclarations très nettes qu'on lit dans les travaux préparatoires et devant les termes généraux de l'article 2033 *in fine*. Quelques autres, au contraire, refusent tout recours à la caution dans ces deux hypothèses, à cause du résultat peu raisonnable auquel on arrive dans l'opinion opposée. Nous croyons devoir nous ranger à l'avis de ces derniers. On ne peut pas dire, en effet, que la caution qui paie la dette avant l'expiration du délai passé lequel elle a droit à sa décharge, ne jouit pas du recours de l'article 2033; car il faudra bien lui permettre d'agir contre les autres cautions, si, avant l'expiration de ce délai, il y a eu poursuites de la part du créancier, faillite ou déconfiture du débiteur principal ou échéance de la dette. On ne peut pas dire, non plus, que la caution qui paie la dette après l'expiration du délai passé lequel elle a droit à sa décharge, jouit par cela même du recours de l'article 2033; car il faudra bien lui refuser ce recours, si à ce moment la dette n'est pas encore exigible. En somme,

les seules justes causes de paiement sont dans le 1^o, le 2^o et le 4^o de l'article 2032. Les circonstances prévues par le 3^o et le 5^o de cet article ne modifient en rien la situation de la caution qui a payé vis-à-vis de ses cofidėjusseurs. (*Sic* : Ponsot, 292. *Contra* : Troplong, 425 ; Pont, 313-314 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 428, note 1.)

Deux conditions sont nécessaires pour autoriser la caution à recourir contre les autres cautions. Mais, tandis que l'absence de la première condition empêche la naissance même du recours, l'absence de la seconde n'en suspend que l'exercice. La caution qui n'a pas acquitté la dette, n'a point d'action contre ses cofidėjusseurs. Celle qui a payé sans juste cause, c'est-à-dire avant les poursuites du créancier, la faillite du débiteur ou l'échéance de la dette, a une action, seulement elle ne pourra l'exercer qu'au jour où la juste cause se sera réalisée ou aurait dû se réaliser, si la dette n'avait pas été acquittée antérieurement.

Dans un cas cependant il nous paraît équitable de permettre au fidėjusseur d'agir contre ses cofidėjusseurs, sans qu'il ait acquitté la dette. C'est lorsque ce fidėjusseur est poursuivi par le créancier, et qu'il ne jouit pas du bénéfice de division. Il pourra alors demander un délai, grâce auquel il fera intervenir ses cofidėjusseurs au procès. Cette intervention n'aura pas pour but de diviser l'action du créancier, mais le même jugement qui condamnera la caution à payer toute la dette condamnera aussi les autres cautions à lui payer chacune leur part et portion. On évitera ainsi les lenteurs et les frais qui auraient lieu, si la caution exerçait son recours par une instance séparée. (*Sic* : Ponsot, 293.)

§ 4. — *Des effets de la subrogation entre les
cofidéjusseurs.*

La subrogation ne modifie en rien le recours de l'article 2033 quant aux conditions auxquelles il est soumis. Le bénéfice de l'article 2029 n'ayant pour but que de fortifier ce recours, la caution ne peut exercer l'action du créancier que dans le cas où elle pourrait exercer l'action *negotiorum gestorum* qui lui appartient en propre.

La subrogation ne modifie pas non plus le recours de l'article 2033 quant à son étendue. Cet article ne permet jamais à la caution, qui a acquitté la dette, de réclamer plus que sa part à un cofidéjusseur, et, sur ce point, il ne fait que reproduire le principe de l'article 1214. Comme tout débiteur solidaire qui paie la dette en entier, la caution acquiert bien l'action attachée à la créance, mais elle l'acquiert dépouillée de l'attribut de la solidarité qu'elle avait entre les mains du créancier. En d'autres termes, la subrogation légale à une action solidaire ne transmet au subrogé qu'une action divisée.

Au point de vue du temps pendant lequel le fidéjusseur peut agir, le recours de l'article 2033 est quelquefois modifié par le bénéfice de subrogation. L'action *negotiorum gestorum* que notre article accorde au fidéjusseur, est perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle se prescrit par trente ans du jour du paiement ou, si le paiement a été fait sans juste cause, du jour où l'un des cas de l'article 2032 s'est réalisé. L'action du créancier, au contraire, peut n'être que temporaire; c'est ce qui a lieu toutes les fois que la loi ou les conventions des parties ont imposé une durée limitée aux garanties qui entourent la créance. Les effets du terme extinctif se produisent alors de la même ma-

nière et à la même époque que si ces garanties fussent restées entre les mains du créancier.

Nous venons de dire que la caution subrogée aux droits du créancier n'acquiert qu'une action divisée contre ses cofidés-jusseurs, bien que le créancier eût contre eux une action *in solidum*. Nous avons vu précédemment que la caution qui s'est engagée spécialement pour un débiteur solidaire, n'acquiert aussi par la subrogation légale qu'une action divisée contre les autres débiteurs solidaires. De là naît la question suivante : Dans l'un et l'autre cas, la caution ne peut-elle pas acquérir l'action *in solidum* du créancier, en se faisant subroger expressément par lui ? Lorsqu'elle se prévaut non plus de la subrogation légale, mais d'une subrogation conventionnelle, n'a-t-elle pas le droit d'agir *in solidum* contre chacun de ses cofidés-jusseurs ou contre chacun des débiteurs solidaires qu'elle n'a pas cautionnés, sous la seule déduction de sa part ou de la part du débiteur pour lequel elle s'est engagée ?

De l'avis presque unanime des jurisconsultes, la subrogation conventionnelle ne produit pas plus d'effet que la subrogation légale, et la caution qui se fait subroger expressément aux droits du créancier, n'acquiert toujours qu'une action divisée. Dans notre ancien droit, où la subrogation accordée à la caution était toujours conventionnelle, puisqu'elle devait être demandée avant le paiement, la question avait été longtemps discutée. Mais à la fin on s'accorda à déclarer que l'action du créancier perdait son caractère d'action solidaire en passant à la caution. Telle est la doctrine qu'enseigne Pothier, et qui résulte de la dernière jurisprudence du Parlement de Paris. L'article 2029, en subrogeant légalement la caution aux droits du créancier, a simplement voulu dispenser celle-ci de la formalité, reconnue inutile, de demander la subrogation. Par conséquent, la subrogation légale n'est pas autre chose qu'une subrogation conventionnelle présumée, et, si l'une ne transmet à la caution qu'une action divisée, l'autre ne doit pas

pouvoir lui transférer une action solidaire. Le Code civil, en effet, bien loin de s'écarter de la solution à laquelle notre ancienne jurisprudence s'était arrêtée, la consacre au contraire expressément dans les articles 1214 et 2033.

Pour soutenir que la subrogation conventionnelle transmet au fidéjusseur l'action solidaire du créancier, un auteur a invoqué l'article 1209. Cet article prévoit une hypothèse où un débiteur solidaire devient cessionnaire unique du créancier par voie de succession, et il décide que ce débiteur devenu créancier peut agir pour le tout contre ses anciens codébiteurs, sauf déduction de sa part. Or, dit cet auteur, la subrogation est une cession de créance, elle donne au subrogé tous les droits qui appartiennent à un cessionnaire. Il est vrai que l'article 2033 limite les effets de la subrogation, lorsqu'elle est légale ; mais cette limitation n'atteint pas la subrogation conventionnelle, et la caution qui se fait subroger expressément par le créancier, peut, comme le cessionnaire de l'article 1209, agir pour le tout contre ses cofidéjusseurs, en déduisant sa part. A ce raisonnement on répond qu'il est faux d'identifier aussi complètement la subrogation et la cession de créance. Ces deux opérations ont entre elles une certaine analogie, mais elles se séparent en beaucoup de points, et nous en avons fait ressortir les différences lorsque nous avons étudié la nature du bénéfice de subrogation. La subrogation est une cession de créance *sui generis*, à laquelle on a donné un nom spécial précisément pour la distinguer de la cession ordinaire. Les droits d'un cessionnaire et les droits de la caution subrogée ne sont donc point nécessairement les mêmes, et l'article 1209 reste étranger à notre question.

L'article 875, au contraire, s'applique directement à la difficulté que nous examinons, et la tranche conformément à la doctrine de Pothier qui est aussi la nôtre. Cet article prévoit précisément un cas où un débiteur, qui jouit de la subrogation légale, s'est fait subroger conventionnellement par le

créancier. Un immeuble hypothéqué échoit à plusieurs héritiers, et l'un d'eux a payé au delà de sa part de la dette commune. Cet héritier est un débiteur tenu avec d'autres, il peut donc invoquer l'article 1254 3^o, et exercer *de plano* l'action du créancier contre ses cohéritiers, chacun pour sa part et portion. Mais, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, le créancier avait le droit d'exiger de chaque héritier la totalité de la dette. L'héritier qui a payé acquerra-t-il, en se faisant subroger conventionnellement, l'action hypothécaire du créancier avec ce caractère d'indivisibilité? Non, répond l'article 875, la subrogation conventionnelle ne lui transmet, comme la subrogation légale, qu'une action hypothécaire divisible, et l'héritier subrogé ne pourra toujours réclamer à chaque cohéritier que sa part et portion. C'est nous dire que la subrogation conventionnelle ne produit pas plus d'effet que la subrogation légale. Par conséquent, la caution qui se fait subroger expressément à l'action *in solidum* du créancier, n'acquiert jamais qu'une action divisée. (*Sic* : Ponsot, 261 et 290 ; Troplong, 379, et 433-438 ; Pont, 279 et 324 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 428, note 2. *Vide* : Aubry et Rau, tom. iv, § 427, note 7.)

CHAPITRE IV.

Des effets du cautionnement entre le tiers détenteur et la caution.

Contre le débiteur principal ou un cofidéjusseur, la caution, qui paie le créancier, jouit d'un double recours : elle a une

action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires qui lui appartient en propre, elle a en outre l'action même du créancier à laquelle elle est subrogée de plein droit. Sa situation est-elle aussi favorable, lorsqu'elle se trouve aux prises avec un tiers détenteur? Possède-t-elle directement contre celui-ci une action *negotiorum gestorum*, et jouit-elle contre lui du bénéfice de la subrogation légale? A l'inverse, lorsque le tiers détenteur paie la dette inscrite ou délaisse l'immeuble, peut-il agir à son tour par une action *negotiorum gestorum* contre la caution, et peut-il se prétendre également subrogé aux droits du créancier contre elle? Telle est la question complexe que nous allons examiner dans ce chapitre.

Nous savons déjà qu'il y a deux espèces de tiers-détenteurs : le tiers acquéreur et la caution réelle. Celle-ci a hypothéqué un de ses immeubles à la dette d'autrui ; celui-là a acquis du débiteur un immeuble hypothéqué. L'un et l'autre sont tenus *propter rem*, et l'un et l'autre sont tenus de l'obligation facultative de délaisser, à moins qu'ils ne préfèrent payer. Pour eux, le délaissement de l'immeuble est *in obligatione*, c'est là ce qu'ils doivent ; seulement, ils peuvent se libérer en payant les créances inscrites, le paiement est à leur égard *in facultate solutionis*. Mais, à certains points de vue, la situation du tiers acquéreur et celle de la caution réelle diffèrent profondément. En devenant propriétaire de l'immeuble hypothéqué et, par suite, en se soumettant à l'obligation de délaisser ou de payer, le tiers acquéreur n'a entendu faire que sa propre affaire, il n'a pris en considération que ses propres intérêts. Au contraire, en hypothéquant son immeuble à la dette d'autrui et en se soumettant, elle aussi, à l'obligation de délaisser ou de payer, la caution réelle n'a point agi dans un but intéressé ; elle a voulu rendre service à autrui. Il en résulte que le tiers acquéreur est tenu principalement de délaisser ou de payer, tandis que la caution réelle n'y est tenue qu'accessoirement ; c'est-à-dire que le tiers acquéreur, qui délaisse ou qui paie, ne satisfait qu'à sa propre obligation, tandis qu'en délaissant

ou en payant, la caution réelle s'impose un sacrifice pour satisfaire à la dette d'autrui.

SECTION I^{re}.

Des effets du cautionnement entre le tiers acquéreur et la caution.

Nous supposons d'abord que le conflit s'élève entre la caution et un tiers acquéreur. Deux situations sont possibles. Ou bien la caution paie le créancier, et alors il s'agit de déterminer ses droits contre le tiers acquéreur ; ou bien c'est ce dernier qui délaisse ou qui paie, et alors il s'agit de déterminer ses droits contre la caution.

§ 1. — *Droits de la caution contre un tiers acquéreur.*

Une dette est garantie par un cautionnement et par une hypothèque. L'immeuble hypothéqué a passé entre les mains d'un tiers acquéreur. Telle est l'hypothèse sur laquelle nous allons raisonner.

I. — La caution peut-elle prétendre que le paiement qu'elle a fait profite au tiers acquéreur, et exercer à ce titre contre lui une action *negotiorum gestorum* ? Il faut distinguer si le tiers acquéreur est devenu propriétaire de l'immeuble à titre

onéreux ou à titre gratuit. Lorsqu'il en est devenu propriétaire à titre onéreux, la caution ne jouit jamais contre lui d'un recours direct. En effet, admettons que la dette cautionnée soit seule inscrite sur l'immeuble. Est-elle inférieure ou égale au prix d'acquisition ? C'est le vendeur et non le tiers acquéreur, qui profite du paiement. Ce que celui-ci aurait déboursé, s'il eût désintéressé le créancier, il n'aurait point eu à le payer au vendeur, et en libérant le tiers acquéreur envers l'un, la caution a maintenu son obligation envers l'autre. La dette est-elle supérieure au prix d'acquisition ? Sans le paiement, le tiers acquéreur aurait délaissé et gardé son prix ; puisque la dette est éteinte, il conservera l'immeuble, mais il paiera le vendeur. Il ne retire donc encore ici aucun profit du paiement, car, qu'il délaissé ou qu'il débourse le prix d'acquisition, c'est toujours la même valeur dont il doit se dépouiller.

Admettons maintenant que la dette cautionnée ne soit pas seule inscrite sur l'immeuble. Les autres créances hypothécaires sont-elles inférieures ou égales au prix d'acquisition ? C'est encore le vendeur, et non le tiers acquéreur, qui bénéficie du paiement, car c'est au premier que revient l'excédent du prix, s'il y en a un. Ces autres créances sont-elles, au contraire, supérieures ? Le tiers détenteur n'en devra pas moins délaisser, afin d'éviter l'obligation encore plus onéreuse de payer. Il ne retire donc toujours aucun profit de l'acquittement de la dette par la caution.

Au contraire, la caution aura presque dans tous les cas un recours direct contre le tiers acquéreur à titre gratuit. En effet, la dette cautionnée est-elle seule inscrite sur l'immeuble ? Si elle n'en dépasse pas la valeur, le tiers acquéreur s'enrichit de tout ce que la caution a payé. Celle-ci aura alors une action *negotiorum gestorum* complètement efficace. Le tiers acquéreur s'enrichit également jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble, lorsque la dette lui est supérieure. Outre la dette cautionnée, existe-t-il d'autres créances hypothécai-

res ? Lorsque la totalité de ces autres créances n'atteint pas la valeur de l'immeuble, le tiers acquéreur s'enrichit encore de l'excédent de cette valeur. Dans ce cas comme dans le précédent, l'action *negotiorum gestorum* de la caution sera partiellement efficace. Mais, lorsque l'ensemble des autres hypothèques absorbe et au delà la valeur de l'immeuble, le tiers acquéreur se trouve, malgré le paiement, dans la nécessité de délaisser. Le paiement ne l'empêche donc pas d'être privé de tout le bénéfice de la libéralité, et, dans cette hypothèse, l'action *negotiorum gestorum* de la caution n'aura aucun succès.

II. — La caution jouit-elle contre le tiers acquéreur du bénéfice de subrogation ? Peut-elle exercer contre lui le droit de suite, comme le créancier aurait pu le faire ? A cette question, nous répondons affirmativement. La subrogation à une hypothèque donne au subrogé tous les droits qui sont la conséquence de cette hypothèque. Nulle part la loi n'en restreint les effets au seul droit de préférence. La caution a donc en face d'un tiers acquéreur toutes les prérogatives d'un créancier hypothécaire ordinaire ; elle peut poursuivre la vente de l'immeuble aux enchères si le tiers délaisse, l'exproprier s'il ne paie pas, et surenchérir s'il veut purger.

Cette doctrine, qui ne fait qu'appliquer au profit de la caution les règles de droit commun en matière de subrogation, est cependant vivement contestée, et on a élevé contre elle plusieurs objections. On a dit que les obligés personnels sont tenus plus rigoureusement que les obligés *re tantum*, et que, par suite, ceux-ci ne devaient contribuer qu'à défaut des premiers. Il en résulte que le fardeau de la dette doit plutôt retomber sur la caution, qui est un obligé personnel, que sur le tiers acquéreur, qui n'est obligé que *propter rem*. Malheureusement, le principe qu'on invoque ici repose sur une confusion. Le lien *re tantum* a sans doute des effets moins étendus que le lien personnel, mais ces effets il les produit avec la

même énergie. Le tiers détenteur est tenu d'une obligation facultative, tandis que l'obligé personnel est tenu d'une obligation pure et simple; mais l'exécution de leurs obligations respectives s'impose aussi impérieusement à celui-là qu'à celui-ci. Ce n'est que dans ses conséquences que l'obligation *propter rem* est moins rigoureuse que l'obligation personnelle, elle est aussi rigoureuse dans sa sanction.

On avance encore un second argument qui repose également sur une confusion. La caution qui paie la dette fait dit-on, sa propre affaire, puisqu'elle est personnellement tenue, tandis que le tiers acquéreur est étranger à la dette. Ceci revient à dire que l'obligé personnel est un obligé dans son propre intérêt, et que l'obligé *propter rem* est un obligé dans l'intérêt d'autrui. En apparence, rien n'est plus spécieux; en réalité, rien n'est plus faux. Il n'y a aucune impossibilité à ce qu'on soit tenu personnellement dans l'intérêt d'autrui, et à ce qu'on soit tenu *re tantum* dans son propre intérêt; et ce fait arrive si bien que telles sont précisément les situations respectives de la caution et du tiers acquéreur. En s'obligeant personnellement, la caution a-t-elle agi dans un but intéressé? Non, elle s'est obligée par un contrat de bienfaisance, et parce qu'elle voulait rendre service à autrui. Est-ce par suite d'une intention généreuse que le tiers acquéreur se trouve obligé *propter rem*? Non, c'est parce qu'il a acquis un immeuble hypothéqué, et s'il a fait cette acquisition, c'est qu'il la jugeait avantageuse pour lui. Il y a donc tout un abîme entre l'obligé personnel et l'obligé dans son propre intérêt, comme entre l'obligé *re tantum* et l'obligé dans l'intérêt d'autrui.

On objecte en troisième lieu que la dette hypothécaire n'est qu'un accessoire de la dette personnelle, dont elle garantit subsidiairement l'exécution. D'où il résulte que la caution qui a payé n'a pas plus de recours contre le tiers acquéreur, que le débiteur principal qui a payé n'en a contre sa caution. Cette objection est la reproduction sous une nouvelle forme de l'ob-

jection précédente. Elle repose toujours sur cette idée qu'un obligé personnel est plus directement intéressé à la dette qu'un obligé *re tantum*, et que le paiement fait plutôt l'affaire du premier que du second. Sans doute, si l'hypothèque inscrite sur l'immeuble actuellement possédé par le tiers acquéreur avait été constituée, soit par la caution elle-même, soit par un tiers, pour garantir l'obligation qui résulte du cautionnement, l'engagement de la caution serait un engagement principal dont l'obligation *propter rem* qui pèse sur le tiers acquéreur ne serait que l'accessoire. Mais telle n'est pas notre hypothèse. Nous supposons que l'obligation garantie par l'hypothèque est celle du débiteur principal. Le cautionnement et l'hypothèque sont alors l'un et l'autre les accessoires de la même dette. En pareil cas, on ne peut pas plus dire que l'hypothèque garantit subsidiairement l'exécution de l'engagement de la caution, qu'on ne peut dire de deux fidéjusseurs de la même obligation, que l'un est le certificateur de l'autre.

Enfin, on invoque l'article 2170. Cet article permet au tiers détenteur d'opposer au créancier le bénéfice de discussion, *s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés*. On traduit l'expression *principaux obligés* par celle-ci *obligés personnels*, et on en conclut qu'en cas de conflit entre un obligé personnel et un obligé *re tantum* le législateur préfère le second au premier. Cette interprétation ou plutôt cette correction que l'on fait subir à l'article 2170, résulte toujours de cette idée qu'un obligé personnel est tenu plus étroitement qu'un obligé *propter rem*, et que l'un est plus directement que l'autre intéressé à la dette. Mais si l'on se tient en garde contre cette idée tout à fait inexacte, on trouve à l'expression *principaux obligés* un sens beaucoup plus naturel. L'article 2170 prévoit le cas où il n'y a qu'un débiteur principal, et celui où il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires. Dans les deux cas, le législateur édicte cette

disposition parfaitement équitable : lorsque le créancier a hypothèque sur des immeubles restés en la possession du débiteur principal ou des débiteurs principaux et sur des immeubles passés entre les mains d'un tiers détenteur, il doit exercer ses droits hypothécaires contre les débiteurs principaux, avant de les exercer contre le tiers détenteur. Comme sanction à cette obligation du créancier, l'article 2170 accorde au tiers détenteur le bénéfice de discussion.

Ainsi les arguments sur lesquels on s'appuie pour refuser à la caution le bénéfice de la subrogation aux droits hypothécaires du créancier contre le tiers acquéreur, reposent tous, soit sur une fausse manière d'envisager le caractère et les effets de l'obligation *re tantum*, soit sur une correction un peu arbitraire que l'on fait subir à quelques mots de l'article 2170. Il faut donc dire que la caution acquiert par la subrogation le droit de suite aussi bien que le droit de préférence, et qu'elle jouit en face d'un tiers acquéreur de toutes les prérogatives qui appartiennent au créancier. Du reste, de quoi se plaindrait le tiers acquéreur ? Il peut toujours se soustraire aux attaques de la caution en délaissant l'immeuble. S'il est acheteur, le délaissement le libère envers son vendeur ; s'il est donataire, il manque simplement de s'enrichir. L'exercice du droit de suite par la caution ne le mettra donc jamais en perte, à moins qu'il ne sache pas choisir le plus avantageux des deux partis que la loi met à sa disposition : le délaissement ou le paiement. Dans ce cas, il ne peut imputer qu'à lui-même le dommage qu'il éprouve. (*Sic* : Ponsot, 283 ; Pont, 320 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 324, notes 84 et 85. *Contra* : Troplong, 428-429.)

Lorsque le tiers acquéreur, poursuivi par la caution ou par un autre créancier inscrit, délaisse l'immeuble, il est complètement hors de cause. Lorsqu'il paie la caution et tous les créanciers inscrits sans exception, il consolide définitivement sur sa tête la propriété de l'immeuble. Mais il peut ne payer

que la caution et les créanciers hypothécaires antérieurs, et subir ensuite une expropriation de la part d'un créancier hypothécaire postérieur. Dans ce cas, ce qu'il a déboursé il l'a déboursé sans cause ; car il est tenu de *délaisser ou de payer*, mais non de *délaisser et de payer*. Aussi, pour lui permettre de recouvrer son argent, l'article 1251 2^o le subroge *ipso jure* aux droits des créanciers qu'il a désintéressés. Il en résulte que l'hypothèque acquise par la caution, en vertu de l'article 2029, passe par une seconde subrogation aux mains du tiers détenteur. Cette subrogation lui impose envers la caution toutes les obligations que le subrogé doit remplir envers le subrogeant, entre autres, l'obligation qui découle de l'article 1252. Donc, si la caution n'avait été payée qu'en partie, elle prélèverait avant le tiers acquéreur le complément de sa créance sur la collocation que le rang de son hypothèque permet d'obtenir.

§ 2. — *Droits du tiers acquéreur contre la caution.*

Une dette est garantie par un cautionnement et par une hypothèque, et l'immeuble hypothéqué a passé entre les mains d'un tiers acquéreur. La caution n'a pas payé le créancier ; c'est au contraire le tiers acquéreur qui se libère de l'obligation de *délaisser ou de payer* qui pèse sur lui. Quels seront ses droits contre la caution ?

I. — Le tiers acquéreur n'aura presque jamais contre la caution l'action *negotiorum gestorum*. Supposons d'abord que la dette cautionnée soit seule inscrite sur l'immeuble. Le tiers détenteur délaisse-t-il ? Il est dispensé de payer son prix, s'il est acheteur ; il manque simplement une bonne affaire s'il est donataire. Il ne supporte ainsi aucun préjudice ; il n'a donc

droit à aucune indemnité. Préfère-t-il acquitter la dette ? Si elle ne dépasse pas le prix de l'immeuble, le tiers acheteur sera libéré d'autant envers son vendeur, et le tiers donataire éprouvera une simple diminution dans le bénéfice qu'il retirera de la libéralité. Il n'y a pas encore là de préjudice donnant lieu à une action en recours. La dette est-elle au contraire supérieure au prix ou à la valeur de l'immeuble ? Le paiement a mis le tiers acquéreur en perte. Mais cette perte n'est imputable qu'à lui ; puisque son obligation était facultative, c'était à lui de choisir le parti le moins onéreux.

Supposons, maintenant, qu'en outre de la dette cautionnée, il y ait d'autres créances inscrites sur l'immeuble. Si le tiers acquéreur délaisse, ou s'il paie toutes les dettes inscrites sans exception, il n'a pas plus que précédemment, et pour les mêmes raisons, l'action *negotiorum gestorum* contre la caution. Mais il s'est contenté de payer seulement la dette cautionnée et les dettes hypothécaires antérieures ; puis il est exproprié par un créancier dont l'inscription est postérieure. Dans ce cas, le paiement qu'il a fait n'a plus pour cause l'exécution de son obligation, car l'expropriation l'a forcé à abandonner l'immeuble, et il est seulement tenu de *délaisser ou de payer*, mais non de *délaisser et de payer*. Ce paiement constitue de sa part un sacrifice qui a libéré le débiteur principal et la caution. Il peut donc exercer de ce chef, contre l'un ou l'autre, une action de gestion d'affaires. Mais en pratique, il n'aura pas besoin d'un tel recours, parce que l'article 1251 2° le subroge aux droits hypothécaires des créanciers qu'il a désintéressés, et cette subrogation sera nécessairement efficace. Le créancier expropriant devra, en effet, fixer un prix de mise aux enchères au moins égal aux sommes déboursées par le tiers acquéreur, autrement l'expropriation n'aurait pas de raison d'être ; et, s'il n'y a pas d'enchérisseur, il gardera l'immeuble pour son propre compte sur le pied de la mise à prix. L'adjudication sera donc toujours assez élevée pour indemniser le tiers acqué-

reur. Il faudrait supposer le cas extraordinaire, où l'immeuble hypothéqué viendrait à périr après l'expropriation et avant l'adjudication. Alors le tiers acquéreur n'aurait de ressource que dans l'exercice de l'action *negotiorum gestorum* contre le débiteur principal et la caution.

II. — Le tiers acquéreur est-il subrogé aux droits du créancier contre la caution ? Il faut répondre négativement dans la plupart des cas, mais non d'une façon absolue. Le tiers acquéreur n'est jamais subrogé contre la caution lorsqu'il délaisse, ou bien lorsqu'il acquitte la dette cautionnée avec toutes les dettes sans exception qui sont inscrites sur l'immeuble. En effet, s'il est acquéreur à titre onéreux, l'acquiescement des créances hypothécaires ou le délaissement le libèrent envers son vendeur. S'il est acquéreur à titre gratuit, par l'acceptation de la libéralité il s'est soumis à l'obligation de délaisser ou de payer; l'un ou l'autre de ces partis ne fait que le priver d'un enrichissement, et on ne saurait admettre qu'un tiers donataire *qui certat de lucro captando*, pût agir avec succès contre la caution *certantem de damno vitando*. Le tiers acquéreur ne peut donc pas invoquer, dans ces deux hypothèses, le bénéfice de subrogation, alors même qu'il aurait acquitté toutes les créances inscrites et que leur total dépasserait le prix ou la valeur de l'immeuble. Le dommage qu'il éprouverait alors ne peut retomber que sur lui, car il ne doit s'en prendre qu'à lui-même si, débiteur d'une obligation facultative, il a mal exercé son choix.

Mais le tiers acquéreur n'a acquitté que la dette cautionnée et les créances inscrites avant elle; puis il est exproprié par un créancier hypothécaire postérieur. Alors les sommes qu'il a déboursées ne constituent plus pour lui l'exécution de son obligation de détenteur, car, ayant été forcé à délaisser, il n'est pas obligé à payer. Ces sommes sont de sa part un sacrifice au moyen duquel il a libéré les débiteurs des créances qu'il a ac-

quittées, et, parmi eux, le débiteur principal et sa caution. Il peut donc, en vertu de l'article 1251 2°, se prétendre subrogé aux droits du créancier contre eux, en même temps qu'à ses droits hypothécaires. Seulement, il n'aura presque jamais l'occasion d'élever cette prétention, car, pour les mêmes raisons que nous venons de donner un peu plus haut, il lui suffira, pour être indemnisé, de la subrogation aux droits hypothécaires du créancier. Pour que le tiers acquéreur eût besoin d'invoquer l'article 1251 2° contre la caution, il faudrait supposer que l'immeuble eût péri entre l'expropriation et l'adjudication. Dans ce cas, la subrogation aux droits hypothécaires sur l'immeuble deviendrait illusoire, et le tiers acquéreur, pour rentrer dans ses déboursés, trouverait un secours utile dans la subrogation aux droits du créancier contre la caution. (*Vide* : Ponsot, 284 ; Pont, 320 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 321, note 84 ; Troplong, 430. *Vide* : Cass., 28 décembre 1853.)

Lorsque la caution est en face d'un tiers acquéreur, il n'y a jamais lieu à les faire contribuer tous deux au paiement de la dette. La caution peut demander, si elle exerce l'action *negotiorum gestorum*, tout ce dont le paiement a enrichi le tiers acquéreur, et si elle exerce l'action du créancier, tout ce que celui-ci aurait pu exiger en vertu de ses droits hypothécaires. Le tiers acquéreur est dans la même situation dans les quelques cas où il jouit contre la caution d'un recours de gestion d'affaires ou de la subrogation de l'article 1251 2°. Il peut réclamer à celle-ci tout ce dont l'acquittement de la dette l'a enrichie, ou tout ce qu'elle aurait dû payer au créancier, en vertu des actions qui résultent du cautionnement.

SECTION II.

Des effets du cautionnement entre la caution réelle et la caution personnelle.

Dans cette section comme dans la précédente, nous avons deux situations à examiner. Ou bien c'est la caution proprement dite (que nous appellerons désormais caution personnelle) qui acquitte la dette, et alors nous avons à déterminer ses droits contre la caution réelle ; ou bien, c'est cette dernière qui délaisse ou qui paie, et alors nous avons à déterminer ses droits contre la caution personnelle. Il nous restera ensuite à rechercher dans quelle mesure l'une et l'autre doivent contribuer, en définitive, au paiement de la dette.

§ 1. — *Droits de la caution personnelle contre la caution réelle.*

Une dette est garantie par un cautionnement et par une hypothèque consentie par un tiers sur un de ses immeubles. La caution personnelle a payé la dette ; quels droits aura-t-elle vis-à-vis de ce tiers ?

I. — Peut-elle prétendre que ce paiement profite à la caution réelle, et que, par suite, elle jouit contre elle d'une action *negotiorum gestorum* ? Oui, en général, car, en payant

la dette, elle l'a libérée purement et simplement de l'obligation de délaisser ou de payer. Le sacrifice qu'elle s'est imposé, en désintéressant le créancier, a donc été une dépense utile pour la caution réelle, et cette circonstance rend celle-ci débitrice d'une indemnité. L'action *negotiorum gestorum* aboutira à un résultat pratique plus ou moins étendu, toutes les fois que l'hypothèque de la créance cautionnée existe seule sur l'immeuble, ou toutes les fois que les autres hypothèques n'en absorbent pas toute la valeur. Mais lorsque ces hypothèques égalent ou dépassent la valeur de l'immeuble, le paiement n'est d'aucune utilité pour la caution réelle, car celle-ci n'en devra pas moins prendre le parti du délaissement, tout comme si la dette n'eût pas été acquittée. En ce cas, la caution personnelle intenterait sans succès l'action *negotiorum gestorum*.

II. — La caution personnelle est-elle subrogée aux droits hypothécaires du créancier contre la caution réelle? Cette question est aussi vivement débattue que celle de la subrogation de la caution aux droits hypothécaires du créancier contre le tiers acquéreur. Pour la négative, on fait valoir ici exactement les mêmes arguments que nous avons déjà exposés et combattus. Nous ne reviendrons donc pas sur cette discussion, et nous déciderons, comme précédemment, que la caution personnelle jouit, contre la caution réelle aussi bien que contre le tiers acquéreur, de toutes les prérogatives qui peuvent résulter du bénéfice de subrogation. Elle a donc le droit de dire à celle-là comme à celui-ci : « Délaissez, à moins que vous ne préfériez payer. » Toutefois, il y a entre eux cette différence, c'est que, s'ils préfèrent payer, le tiers acquéreur doit déboursier le montant intégral de la dette, tandis que la caution réelle ne doit déboursier que sa part. L'obligation, garantie par un cautionnement et par une hypothèque sur l'immeuble d'un tiers, se divise en effet entre ce tiers et la caution dans une mesure que nous déterminerons bientôt. Mais il y a, d'un autre

côté, cette ressemblance entre le tiers acquéreur et la caution réelle, c'est qu'ils peuvent l'un et l'autre se soustraire, par le délaissement, à l'action de gestion d'affaires et à l'action du créancier, exercées par la caution personnelle. (*Sic* : Ponsot, 283 ; Aubry et Rau, tom. iv, § 324, note 86. *Contra* : Troplong, 427. *Vide* : Pont, 319)

§ II. — *Droits de la caution réelle contre la caution personnelle.*

I. — La caution réelle est, comme la caution personnelle, obligée accessoirement à la dette d'autrui ; seulement, elle est obligée *re tantum*. Elle est donc tenue *avec* la caution personnelle, et toutes deux sont tenues *pour* le même débiteur. Il en résulte que celle d'entre elles qui paie la dette, fait l'affaire de l'autre, comme le fidéjusseur qui désintéresse le créancier fait l'affaire de son cofidéjusseur. Par conséquent, lorsque c'est la caution réelle qui a payé, elle acquiert en propre une action *negotiorum gestorum* contre la caution personnelle, jusqu'à concurrence de la part que celle-ci doit supporter.

Mais la caution réelle peut se libérer envers le créancier sans payer la dette, c'est-à-dire en abandonnant l'immeuble. A-t-elle alors une action *negotiorum gestorum* contre la caution personnelle ? Oui, si l'hypothèque a un rang assez utile pour que le créancier obtienne une collocation supérieure à une portion virile de la dette. En délaissant, la caution réelle a, dans ce cas, non seulement payé sa part, mais aussi, dans une certaine mesure, celle de la caution personnelle. Si, au contraire, le créancier n'obtient qu'une collocation égale ou inférieure à une portion virile, le délaissement ne profite en rien à la cau-

tion personnelle, et la caution réelle n'aura contre elle aucun recours.

Prenons, à titre d'exemple, l'hypothèse d'une dette de 30,000 francs, garantie par le cautionnement de *Primus* et par une hypothèque de premier rang que *Secundus* accorde sur l'un de ses immeubles. Nous admettons provisoirement que la contribution entre les cautions réelles et personnelles se fait par parts viriles. *Secundus*, poursuivi par le créancier, délaisse, et son immeuble est adjugé aux enchères pour 20,000 fr. Il pourra réclamer 5,000 fr. à *Primus*, car celui-ci n'aura plus à payer que 10,000 fr. au créancier, tandis que sa part contributoire s'élève à 15,000 fr. Mais supposons que le prix d'adjudication ne monte qu'à 15,000 fr. ou à une somme moindre. *Secundus* n'aura droit à aucune indemnité de la part de *Primus*, car le délaissement n'empêche pas que celui-ci ne soit obligé de payer sa part toute entière, et même davantage.

II. — La caution réelle jouit-elle aussi contre la caution personnelle du bénéfice de subrogation? Puisqu'elle est tenue *avec d'autres et pour d'autres*, il faut bien lui accorder, lorsqu'elle acquitte la dette, le droit de se prévaloir de l'article 1251 3°, et la déclarer subrogée à l'action du créancier contre la caution personnelle. Mais, bien entendu, par cette action comme par l'action de gestion d'affaires, elle ne pourra réclamer à celle-ci que sa part.

Lorsque, au lieu de payer, la caution réelle délaisse l'immeuble, jouit-elle également du bénéfice de subrogation contre la caution personnelle? Le délaissement équivaut en réalité à un paiement, car peu importe que l'argent qui désintéresse le créancier sorte directement de la bourse de la caution réelle, ou provienne de l'expropriation d'un immeuble qui lui appartient. Elle pourra donc se prétendre subrogée aux droits du créancier, toutes les fois qu'elle aura l'action *negotiorum gestorum*, c'est-à-dire toutes les fois que la collocation obtie-

nue par le créancier sera supérieure à une part virile de la dette. Si, au contraire, cette collocation lui est inférieure ou même égale, la caution réelle n'a pas plus de droit à exercer l'action du créancier qu'à exercer l'action de gestion d'affaires.

Soit que la caution réelle délaisse l'immeuble hypothéqué, soit qu'elle paie effectivement la dette, elle n'est subrogée aux droits du créancier contre la caution personnelle, que dans la mesure où elle jouit contre celle-ci de l'action de gestion d'affaires. (*Sic* : Ponsot, 285; Aubry et Rau, tom. iv, § 321, note 86. *Vide* : Pont, 319. *Vide* : Troplong, 427 et 430.)

§ 3. — *Dans quelle mesure la caution personnelle et la caution réelle contribuent-elles l'une et l'autre au paiement de la dette?*

De ce que la caution personnelle et la caution réelle sont l'une et l'autre des obligés accessoires tenus de la même dette pour le même débiteur, il en résulte que chacune d'elles, lorsqu'elle acquitte la dette, possède contre l'autre un recours fondé sur l'idée d'une gestion d'affaires et sur le principe d'une subrogation aux droits du créancier. Il en résulte aussi qu'aucune d'elles ne doit supporter d'une façon définitive la charge totale de la dette, mais que toutes deux doivent contribuer au paiement. (*Sic* : Ponsot, 285; Aubry et Rau, tom. iv, § 321, note 87. *Contra* : Troplong, 427 et 430. *Vide* : Pont, 319.)

I. — Dans quelle mesure se fera cette contribution? Sur quelles bases déterminerons-nous les parts respectives de la caution personnelle et de la caution réelle, en supposant que

dans leur engagement il ne soit intervenu aucune clause spéciale qui restreigne l'étendue de leur obligation ? Il existe sur cette question deux systèmes. Le premier soutient que la contribution doit toujours se faire par parts viriles, quelle que soit la valeur de l'immeuble hypothéqué par la caution réelle. Mais comme celle-ci, en sa qualité d'obligé *re tantum*, a le droit de se libérer en délaissant, elle usera de cette faculté si sa part virile dépasse la valeur de l'immeuble. Le complément de cette part retombera à la charge de la caution personnelle, comme si la caution réelle était une caution personnelle partiellement insolvable.

Le second système n'admet le calcul de la contribution par parts viriles, qu'autant que la valeur de l'immeuble hypothéqué est supérieure ou tout au moins égale au montant de la créance. Lorsque la valeur en est inférieure, il faut, d'après beaucoup d'auteurs, assimiler la caution réelle à une caution personnelle qui n'aurait garanti la créance que pour une quotité égale à cette valeur. Ainsi la créance est de 30,000 fr. et l'immeuble hypothéqué n'en vaut que 15,000 ; la caution réelle n'a garanti que la moitié de la créance, tandis que la caution personnelle l'a garantie toute entière. La contribution doit donc se faire de telle sorte que celle-ci paie 2 quand l'autre paie 1. En d'autres termes, la caution personnelle paiera 20,000 fr., et la caution réelle 10,000 fr.

Nous préférons le premier système, parce que le second ne nous paraît reposer que sur un semblant d'équité. L'étendue d'une obligation se mesure sur les droits du créancier et non sur les moyens du débiteur, ou la valeur des objets qui forment le gage spécial de la créance. Quand une personne se porte caution réelle, sans restreindre le chiffre pour lequel elle hypothèque son immeuble, le créancier a incontestablement le droit de prendre inscription pour la totalité de l'obligation principale et le droit de dire à cette personne : « Délaissez ou payez-moi intégralement. » Elle ne peut donc éviter le délais-

sement qu'en acquittant toute la dette. Puisque la caution réelle, qui ne veut pas délaisser, a envers le créancier les mêmes obligations que la caution personnelle, elle doit avoir envers celle-ci les mêmes obligations qu'un cofidéjusseur ordinaire. Par conséquent, la caution réelle qui ne délaisse pas et la caution personnelle doivent contribuer chacune dans la même mesure, et celle-ci a le droit de dire à celle-là : « Délaissez ou remboursez-moi la moitié de ce que j'ai payé au créancier. » Du moment que la *facultas solutionis* consiste toujours en face du créancier dans le paiement de la dette entière, cette *facultas solutionis* doit toujours aussi consister en face de la caution personnelle dans le paiement d'une part virile. (*Sic* : Ponsot, 285. *Contra* : Aubry et Rau, tom. iv, § 324, note 87. *Vide* : Pont, 349.)

II. — La caution personnelle qui a acquitté la dette, a donc le droit de réclamer la moitié de cette dette à la caution réelle. Celle-ci préférera délaisser, si l'immeuble a une valeur inférieure à cette moitié, et les choses se passeront comme si la caution personnelle se trouvait en face d'un cofidéjusseur partiellement insolvable. Ainsi, une dette de 30,000 fr. est garantie par un cautionnement et une hypothèque sur un immeuble qui vaut 40,000 fr. La caution personnelle a payé le créancier, et elle réclame suivant son droit 15,000 fr. à la caution réelle qui délaisse. Les 5,000 fr. que l'expropriation de l'immeuble sera impuissante à fournir, retombent à sa charge, en sorte qu'elle contribuera au paiement de la dette pour 20,000 fr.

Lorsqu'il y a plusieurs cautions réelles, la contribution se fait toujours par portions viriles. Prenons encore pour exemple une dette de 30,000 fr. garantie par un cautionnement et par deux hypothèques consenties par *Primus* et par *Secundus*. La caution personnelle, après avoir désintéressé le créancier, agira pour un tiers contre *Primus* et pour un autre tiers contre

Secundus. Si chacun des deux immeubles hypothéqués a une valeur inférieure au tiers de la dette, *Primus* et *Secundus* délaisseront, et la caution personnelle devra fournir de son propre argent tout ce que le créancier ne pourra pas obtenir de l'expropriation des immeubles. Si l'un des deux seulement vaut moins que le tiers de la dette et que l'autre vaille plus (l'immeuble de *Secundus* ne vaut que 6,000 fr. et celui de *Primus* en vaut 15,000), *Secundus* délaissera, et le complément de sa part se répartira par portions égales entre la caution personnelle et *Primus*, qui auront ainsi à payer chacun une somme de 12,000 fr. (*Sic* : Ponsot, 285. *Contra* : Aubry et Rau, tom. iv, § 321, note 83. *Vide* : Angers, 10 mars 1844; Douai, 27 mai 1846.)

Revenons à l'hypothèse où il n'y a qu'une caution personnelle et qu'une caution réelle; mais ajoutons-y cette circonstance que l'immeuble a passé entre les mains d'ayant-cause à titre particulier. La caution personnelle ne peut plus alors, en vertu de la subrogation dire à la caution réelle : « Délaissez ou payez votre part. » Celle-ci n'étant tenue que *propter rem*, a cessé d'être obligée en se dépouillant de l'immeuble. C'est aux ayant-cause que la caution personnelle devra s'adresser, en leur disant : « Délaissez ou payez la part de votre auteur. » En vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque, il faut dire que, dans notre espèce, la caution personnelle pourra réclamer à chaque ayant-cause la totalité de la part de la caution réelle. Sans doute, l'action hypothécaire indivisible du créancier devient entre les mains de la caution une action hypothécaire divisée. Mais les aliénations partielles de l'immeuble hypothéqué n'entraînent pas une nouvelle division de l'action hypothécaire de la caution personnelle. Celle-ci conserve cette action dans l'état où la subrogation aux droits du créancier la lui a transmise.

Prenons toujours l'exemple d'une dette de 30,000 francs garantie par un cautionnement et par une hypothèque, con-

sentie par une tierce personne sur un de ses immeubles. La caution réelle vend ensuite un tiers de cet immeuble à *Primus* et les deux autres tiers à *Secundus*. La caution personnelle qui a payé la dette, a le droit d'exiger de *Primus* et *Secundus* ensemble le délaissement ou la part totale de la caution réelle; elle a même le droit d'exiger le délaissement ou cette part totale de *Primus* seul ou de *Secundus* seul, car chaque fraction de l'immeuble répond vis-à-vis d'elle, de tout ce que lui doit la caution réelle. Mais si *Primus* paie la part entière de la caution réelle, il a évidemment un recours contre *Secundus*, puisqu'il ne doit supporter en définitive que le tiers de cette part, et son co-acquéreur les deux autres tiers. *Primus* est de plus subrogé de plein droit, en vertu de l'article 1251 3°, aux droits hypothécaires de la caution personnelle contre *Secundus* dans cette mesure des deux tiers. (*Sic* : Ponsot, 286-287.)

III. — C'est la caution réelle qui a acquitté la dette; elle a un recours pour moitié contre la caution personnelle, et dans cette mesure elle sera subrogée à tous les droits du créancier contre elle. Cette solution ne soulève pas de difficultés, quand la valeur de l'immeuble hypothéqué est supérieure à une part virile de la dette. Mais supposons que la valeur de l'immeuble soit inférieure à cette quotité; la dette est de 30,000 fr., l'immeuble hypothéqué n'en vaut que 12,000. La caution réelle peut-elle dire à la caution personnelle : « Si j'avais délaissé, vous auriez dû payer au créancier 18,000 francs; ces 18,000 francs, je vous les réclame, parce que peu vous importe que vous ayez à les donner au créancier ou à moi. » La caution personnelle répondra avec raison : « Je ne vous dois que ma part, c'est-à-dire 15,000 francs. Vous aviez à choisir entre le paiement de la dette et le délaissement de l'immeuble; c'est votre faute si vous avez pris le parti le plus onéreux. Par conséquent, c'est à vous et non à moi, à supporter la perte de

3,000 francs qui résulte de ce que vous avez mal exercé votre choix. »

Au lieu de payer, la caution réelle préfère délaisser. Elle n'a de recours contre la caution personnelle qu'autant que le prix d'adjudication de l'immeuble permet au créancier de toucher une collocation supérieure à une part virile de la dette. Ce prix d'adjudication est, par exemple, de 45,000 francs, et la dette s'élève à 30,000 francs. La caution réelle n'a pas de recours, car en délaissant elle ne s'est pas imposé un sacrifice qui dépasse sa part. Le prix d'adjudication s'élève-t-il, au contraire, à 48,000 fr.! Elle jouit alors d'un recours pour la somme de 3,000 francs. La situation est, en effet, la même que si la caution réelle eût payé directement 48,000 francs au créancier; et cette somme, dépassant de 3,000 francs sa part dans la dette, profite dans cette mesure à la caution personnelle. (*Sic* : Ponsot, 288.)



TABLE

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION	5
CHAPITRE I ^{er} . — Forme de la fidéjussion et conséquences de cette forme.....	9
CHAPITRE II. — De la fidéjussion considérée comme obligation accessoire.....	15
CHAPITRE III. — Effets de la fidéjussion entre le créancier et le fidéjusseur.....	27
SECTION I ^{re} . — Droits du créancier.....	28
SECTION II. — Droits du fidéjusseur.....	36
§ 1 ^{er} . — Exceptions que le fidéjusseur peut invoquer du chef du <i>reus</i>	37
§ 2. — Du bénéfice de cession d'actions...	40
§ 3. — Du bénéfice de division.....	44
§ 4. — Du bénéfice de discussion.....	53

CHAPITRE IV. — Comment s'éteint la fidéjussion...	56
§ 1 ^{er} . — Modes qui opèrent <i>ipso jure</i>	56
§ 2. — Modes qui opèrent <i>per exceptio-</i> <i>nem</i>	62
§ 3. — Modes qui opèrent tantôt <i>ipso jure</i> , tantôt <i>exceptionis ope</i>	65
CHAPITRE V. — Recours du fidéjusseur contre le débiteur principal.....	77

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.....	87
CHAPITRE I ^{er} . — Des effets du cautionnement entre le créancier et la caution (Arti- cles 2021-2027, 2029, 2037)....	89
SECTION I ^{re} . — Du bénéfice de discussion (Arti- cles 2021-22-23-24).....	90
§ 1 ^{er} . — Quelles cautions peuvent invoquer le bénéfice de discussion (Arti- cle 2021) ?	92
§ 2. — A quel moment le bénéfice de dis- cussion doit-il être invoqué (Ar- ticle 2022) ?	96
§ 3. — A quelles conditions s'exerce le bé- néfice de discussion (Art. 2023) ?	98
§ 4. — Quels sont les effets du bénéfice de discussion (Art. 2024) ?	102

SECTION II. — Du bénéfice de division (Art. 2025-26-27).....	104
§ 1 ^{er} . — A qui appartient le bénéfice de division (Art. 2026) ?.....	107
§ 2. — Contre qui le bénéfice de division peut-il être invoqué ?.....	109
§ 3. — Quand le bénéfice de division doit-il être demandé ?.....	113
§ 4. — Quels sont les effets du bénéfice de division (Art. 2026-2027) ?.....	115
SECTION III. — Du bénéfice de subrogation (Articles 2029 et 2037).....	117
§ 1 ^{er} . — Quelles cautions jouissent du bénéfice de subrogation ?.....	120
§ 2. — Comment s'opère la subrogation (Art. 2029) ?.....	121
§ 3. — Quelle est l'étendue du bénéfice de subrogation ?.....	122
§ 4. — Quels sont les effets du bénéfice de subrogation (Art. 2037) ?.....	125
CHAPITRE II. — Des effets du cautionnement entre le débiteur principal et la caution (Art. 2028, 2030-31-32)...	134
SECTION I ^{re} . — De l'action en recours proprement dite, accordée à la caution contre le débiteur (Art. 2028, 2030-2031).....	135
§ 1 ^{er} . — Quelles cautions ont un recours contre le débiteur principal (Art. 2028) ?.....	135
§ 2. — Contre qui s'exerce le recours de la caution (Art. 2030) ?.....	137
§ 3. — Quelle est l'étendue du recours de la caution (Art. 2028) ?.....	138

§ 4. — A quelles conditions s'exerce le recours de la caution (Art. 2031) ?	143
§ 5. — Par quelle prescription s'éteint le recours de la caution ?.....	149
SECTION II. — De l'action en décharge accordée à caution (Art. 2032).....	150
§ 1 ^{er} . — Quelles cautions jouissent de l'action en décharge ?.....	150
§ 2. — Contre qui la caution exerce-t-elle l'action en décharge ?.....	152
§ 4. — Quel est l'objet de l'action en décharge ?	153
§ 4. — Dans quels cas la caution jouit-elle de l'action en décharge ?.....	154
CHAPITRE III. — Des effets du cautionnement entre les cofidéjusseurs (Art. 2033)...	165
§ 1 ^{er} . — Entre quels cofidéjusseurs existe le recours de l'article 2033 ?.....	166
§ 2. — Quelle est l'étendue du recours de l'article 2033 ?.....	168
§ 3. — A quelles conditions est soumis le recours de l'article 2033 ?.....	169
§ 4. — Des effets de la subrogation entre les cofidéjusseurs.....	172
CHAPITRE IV. — Des effets du cautionnement entre le tiers détenteur et la caution..	175
SECTION 1 ^{re} . — Des effets du cautionnement entre le tiers acquéreur et la caution.	177
§ 1 ^{er} . — Droits de la caution contre un tiers acquéreur.....	177
§ 2. — Droits du tiers acquéreur contre la caution.....	183

SECTION II. — Des effets du cautionnement entre la caution réelle et la caution personnelle	187
§ 4 ^{er} . — Droits de la caution personnelle contre la caution réelle.....	187
§ 2. — Droits de la caution réelle contre la caution personnelle.....	189
§ 3. — Dans quelle mesure la caution per- sonnelle et la caution réelle con- tribuent-elles l'une et l'autre au paiement de la dette?.....	191

POSITIONS

Droit romain.

I. — Quand les poursuites du créancier sont empêchées par un obstacle de fait, à quel moment le délai de deux ans de la loi *Furia* commence-t-il à courir ? Les deux textes 4 (Dig. *De div. temp. præscript.*, lib. XLIV, tit. 3) et 25 (Dig., *De stipul. serv.*, lib. XLV, tit. 3) prévoyaient cette difficulté et la résolvaient en sens contraire.

II. — Paul ne contredit pas dans le Fr. 25, pr. (Dig., *De verb. signif.*, lib. L, tit. 16), ce qu'il dit dans le Fr. 4 (Dig., *De usufr. et quemad. quis ut.*, lib. VII, tit. 1). L'usufruit est tantôt *pars domini* et tantôt une chose distincte de la propriété.

III. — La fidéjussion contractée *in durio rem causam* est nulle pour le tout.

IV. — Sœvola a tort de dire dans le Fr. 60 (Dig., *De fid. et mand.*, lib XLVI, tit. 1.) que le fidéjusseur reste tenu, toutes les fois que la libération du *reus* laisse subsister une obligation naturelle. Ce qui est vrai, c'est que le *reus* reste obligé

naturellement, toutes les fois que sa libération n'entraîne pas celle du fidéjusseur.

Droit civil.

I. — La caution, qui n'est intervenue que pour l'un de plusieurs débiteurs solidaires, ne peut ni exiger la discussion de ceux qu'elle n'a pas garantis, ni demander la division de la dette contre leurs cautions.

II. — La caution réelle peut invoquer la cause de libération de l'article 2037, mais ne peut pas exercer l'action en décharge de l'article 2032.

III. — La cause de libération de l'article 2037 résulte aussi bien de la perte des sûretés que le créancier a acquises après le cautionnement, que de la perte de celles qu'il a acquises antérieurement.

IV. — La caution qui a payé est toujours subrogée aux droits hypothécaires du créancier contre le tiers détenteur ; le tiers détenteur qui a payé est quelquefois subrogé aux droits du créancier contre la caution.

V. — La contribution entre la caution personnelle et la caution réelle se fait toujours par parts viriles, quelle que soit la valeur de l'immeuble hypothéqué.

Droit criminel.

I. — L'interdiction légale enlève au condamné la libre disposition en même temps que la libre administration de ses biens.

II. — La nullité des actes faits par un condamné légalement interdit peut être invoquée par le condamné et par le tiers avec qui il a contracté.

III. — L'article 59 du Code pénal doit être lu ainsi : Les complices seront punis de la même peine que celle prononcée par la loi contre le crime ou délit commis par l'auteur principal.

Histoire du droit.

I. — En France, l'établissement de la féodalité a été moins la conséquence de la conquête de la Gaule par les Germains, que le résultat des mœurs et des besoins de l'époque.

II. — Le *droit du seigneur* consistait en une redevance en argent, et non dans la *prima carnalis cognitio* de l'épousée.

III. — La royauté française, soutenue en cela par la doctrine des légistes, a été plutôt hostile que favorable au mouvement communal du moyen âge ; les circonstances seules ont amené le roi à se faire souvent l'allié et le protecteur des communes au XII^e siècle.

Droit constitutionnel.

I. — Les libertés d'un peuple dépendent moins de la séparation des pouvoirs ou de la division du pouvoir législatif, que de la manière dont ce peuple comprend les droits et les attributions de l'Etat. A ce point de vue, les idées des Romains dans l'antiquité, des légistes au moyen âge et des Français de 1789, conduisent aisément au pouvoir absolu.

II. — Les Sénateurs doivent être élus au suffrage restreint. Avec nos mœurs démocratiques, le cens sénatorial ne peut tenir compte ni de la naissance, ni de la fortune des citoyens, mais il peut tenir compte de leur instruction, et accorder le droit de suffrage, par exemple, aux citoyens munis d'un diplôme de l'enseignement supérieur.

Vu :

Lyon, le 3 juin 1882.

Le Doyen, Président de la Thèse,

E. CAILLEMER.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 14 juin 1882.

Le Recteur,

E. CHARLES.





